Al distinguido Embajador
de los Estados-Unidos de América
Mr. F. L. Stimson
homenaje
del autor
Buenos Aires,
Dic. 14-1918
Charcas 1763.
L. Segovia

4° CENTENARIO DO DESCOBRIMENTO DO BRAZIL

CONGRESSO JURIDICO AMERICANO

4° CENTENARIO DO DESCOBRIMENTO DO BRAZIL

CONGRESSO JURIDICO AMERICANO

INSTITUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS BRAZILEIROS

4º CENTENARIO DO DESCOBRIMENTO DO BRAZIL

CONGRESSO JURIDICO AMERICANO

INAUGURAÇÃO — 3 DE MAIO DE 1900
ENCERRAMENTO — 20 DE MAIO DE 1900

II VOLUME

DISSERTAÇÕES

(DIREITO PUBLICO)

ORGANIZADAS PELO

Dr. Manoel Alvaro de Souza Sá Vianna

SECRETARIO GERAL DO CONGRESSO

RIO DE JANEIRO
IMPRENSA NACIONAL
1904

DIREITO PUBLICO

Theses I, II e III

DIREITO PRIVADO

These VI

DISSERTAÇÕES APRESENTADAS

PELO

Dr. João Pereira Monteiro

(RELATOR DA I THESE DE DIREITO PUBLICO)

REPRESENTANTE DA FACULDADE DE DIREITO DE S. PAULO

DIREITO PUBLICO

THESES I, II E III

I. E' admissivel, em face dos principios, a doutrina de uma soberania dividida entre o Estado Federal (União) e os Estados Federados (membros da União)?

II. Admittido o principio da unidade do direito privado, é justificavel o systema da diversidade do processo, cabendo á União e aos Estados a competencia para legislar sobre este assumpto segundo regras preestabelecidas na Constituição Nacional?

III. A fórma federativa exige a dualidade parallela da Justiça Federal e das Justiças dos Estados, ainda que tenha sido mantido o principio da unidade do direito privado?

Dado o systema de justiça, qual foi estabelecido pela Constituição Brasileira, as justiças locaes são absolutas nas dicisões sobre materia de sua competencia ou estão sujeitas, e dentro de que limites, á revisão do Supremo Tribunal Federal?

DIREITO PRIVADO

THESE VI

VI. Qual a lei que deve regular a capacidade e o estado civil dos estrangeiros? a lei da sua nacionalidade ou a lei do seu domicilio?

CAPITULO I

Meu programma

1. Tinha justamente um anno a Republica brazileira. Aos primeiros bachareis que a Faculdade de Direito de S. Paulo enviava então em massa a se alistarem sob a bandeira das nossas novas instituições politicas, tive a honra de dirigir a palavra da despedida academica. Foi uma exhortação. Impellido desde logo por intimas apprehensões de possivel perigo para o destino da nova patria politica, puz os olhos no unico phanal salvador, a esplender com firmeza em meio das desordenadas vagas das primeiras vacillações da alma nacional.

Eu disse que só a federação era indiscutivelmente a fórma que a Republica podia com vantagem vestir no Brazil; mas accrescentei que a federação só poderia realisar a prophecia de Montesquieu ou o conceito de Gervinus, isto é, ser ao mesmo tempo a protecção da liberdade e a garantia da ordem, ou exclusivamente o meio em que a liberdade e a paz podem se constituir em realidades permanentes, si não se traduzisse no fraccionamento da patria, mas sim na mais estreita unidade nacional. A unidade na federação — tal disse eu ser a condição essencial da nossa vitalidade politica. A patria una e indivisivel: o Brazil no Amazonas, o Brazil no Rio de Janeiro, o Brazil no Rio Grande do Sul, o Brazil em cada atomo da nossa terra gigantesca.

E accrescentei, que o mais poderoso elemento conservador da unidade nacional seria a unidade do direito.

Estavamos no mez de dezembro de 1890. O Gogerno provisorio da Republica já tinha dado prova de que, sob aspecto differente, o momentoso assumpto se lhe apresentava ao espirito. Si de um lado, por seu illustrado ministro da Justiça, incontestavelmente

um dos mais bem formados talentos da geração republicana brazileira, [1] parecia adoptar a idéa de unificar o direito brazileiro, como provavam as publicações dos Decs. n. 181 de 24 de janeiro de 1890, sobre casamento civil, n. 720 de 5 de setembro, sobre divisão e demarcação das terras particulares, n. 847 de 11 de outubro, que promulgara o Codigo Penal, e n. 917 de 24 do mesmo mez, sobre fallencias; idéa que era tambem a do seu eximio collega Ruy Barbosa — *O maior talento da terra brazileira*, como escrevemos algures — e o provavam os decretos n. 164 de 17 de janeiro, que reformou a legislação sobre sociedades anonymas, e n. 164 A de 19 do mesmo mez, que substituiu as leis sobre o direito hypothecario — por outro lado viera a publicação dos decretos n. 848 de 11 de outubro e n. 1030 de 14 de novembro, precedida de *Exposição de motivos*, onde bem clara se manifestava o sentimento do douto ministro no sentido (*sic*) *da mais perfeita concordancia na base essencial do systema federativo — a coexistencia de duas soberanias, a da União e a dos Estados na triplice esphera do poder publico* LEGISLATIVO *executivo e judiciario* [2] — abalar a esperança na unidade do direito nacional.

2. Nem contra aquellas apprehensões prevaleceria a idéa ou allegação de haverem estes ultimos Decretos formulado direito novo tão sómente sobre organisação judiciaria e regras processuaes, parecendo assim ser doutrina do Governo deixar com a União a competencia de crear o direito substantivo ou material e confiar aos Estados, por isso que taes Decretos distinguiram entre a Justiça Federal e a do Districto Federal, a codificação do seu direito adjectivo ou de processo.

Dupla ponderação, porém, afastava semelhante juizo.

---

[1] *Der Minister der provisorischen Regierung* Dr. Manoel Ferraz de Campos Salles, *ohne Frage eines der hervorragendsten Talente der jüngeren republikanischen Generation Brasiliens...* » já haviamos dito no *Annuario da Associação de Direito internacional e Economia politica de Berlim* — no artigo *Die Gesetzgebung Brasiliens seit Begründung der Republik* — versão alleman do Dr. Crusen, de Berlim — 1896, pag. 177.

[2] *Exposição apresentada ao Chefe do Governo Provisorio*, pelo Dr. M. F. de Campos Salles, pag. 15.

Primeiramente, a disposição do art. 15 letra c) do decreto n. 848 não podia deixar em duvida ninguem. Dando ás justiças federaes competencia para processar e julgar *os litigios entre os habitantes de Estados differentes, inclusive os do Districto Federal, quando sobre o objecto da acção houvesse* DIVERSIDADE NAS RESPECTIVAS LEGISLAÇÕES, não estava o Governo Provisorio alludindo á idéa da *legislação separada*, na linguagem da politica experimental? Que legislações poderiam ser essas sinão as relativas ao direito material, uma vez que se não concebe litigio judiciario que tenha por objecto regras de direito formal? [3]

Em segundo logar, de ninguem o illustre ministro occultava a sua decidida tendencia para a multiplicação de todo o direito objectivo por tantos codigos quantos os Estados federados, e mais a União e o Districto Federal [4].

Eram então aquellas tendencias desencontradas, ou pelo menos desnitidas na exhibição do proprio voto que nos incitaram a despertar, no animo dos novos batalhadores do direito, a convicção em que cada vez mais nos radicamos — que só na mais completa e estreita unidade do direito, nacional estará seguro o futuro da Republica. E' que já viamos, naquella desconcertada samblagem dos carpinteiros da futura Constituição, o mais grave erro do artefacto de 24 de fevereiro de 1891.

---

[3] V. a nossa *Theor. do Proc. Civ. e Com.* nt. 14 ao § 47 — 1º vol. pag. 224.

[4] A historia dos trabalhos preparatorios do *Projecto de Constituição* confirmava as alludidas apprehensões.

A commissão de jurisconsultos, nomeada para organisar o *Projecto*, parece que logo *in initio laboris* se scindiu neste ponto, quiçá o mais importante de quantos pudessem lhe preoccupar o espirito; e tanto assim parece, que cada um dos varios projectos apresentados pelos respectivos membros continha doutrina differente.

Assim, o do illustre e saudoso Americo Brasiliense, um dos mais puros republicanos da propaganda, nem era de todo pela unificação do direito nem por completo contrario a ella. Dava ao Congresso Nacional competencia para legislar sobre a *organisação dos codigos civil, do commercio, penal e militar* (art. 19 n. 12) e aos Estados para *crearem suas divisões judiciarias* (art. 55). Apenas abria excepção expressa quanto ao direito geral nas materias relativas a locação de serviços e registro da propriedade immovel (art. 58). Entretanto, no titulo primeiro, *Da organisação federal*, assim rezava o art. 8º das suas *Bases para a Constituição*: « Serão organisados, como instituições federaes, o codigo civil, o do commercio, o penal e o mi-

3. E a nossa these — que o mais poderoso elemento conservador da unidade nacional seria a unidade do direito — que o fraccionamento da patria ou sua depauperação estaria na razão directa da separação legislativa — que, ao contrario, para que a pudessemos ver grande, o que queria dizer unida, o que queria dizer forte, seria imprescindivel lhe manter a unidade do direito — tentámos demonstrar pela ethnographia e ethnologia, pela sciencia geral, pela historia juridica.

4. Pela ethnographia e pela ethnologia porque, em sua conformação physica e politica, na integridade de sua constituição geographica, nos caracteres somaticos e moraes de seus filhos, nos usos e costumes, na litteratura, na religião, esta massa enorme é homogeneamente um corpo só.

---

litar. Si porém qualquer Estado representar contra disposições consagradas nos dous primeiros codigos, por julgal-as inapplicaveis ás circumstancias em que aquelle se achar, o Congresso Nacional poderá auctorisar modificações; votadas estas pela legislatura do Estado terão vigor unicamente no respectivo territorio.»

Como si o *simul esse et non esse posset esse!* O codigo civil ou o commercial da Republica poderia deixar de o ser deste ou daquelle Estado.

O projecto Magalhães Castro ia mais longe. No art. 51 § 6º creava para todo o territorio nacional as leis civis, commerciaes, criminaes, e de processo; mas accrescentava que *seria licito aos Estados alterar as suas disposições em ordem a adaptal-os convenientemente ás suas condições peculiares, necessidades especiaes e interesses particulares e proprios, desde que não offendessem os principios geraes estabelecidos na Constituição*.

Como se vê, nem se alludia á autorisação do Congresso Nacional.

Mais radicalmente separatista — e ao menos nisto guardava a logica — era o projecto Pestana e Werneck. — « As actuaes leis civis, commerciaes e penaes, assim como as que se referem aos respectivos processos, continuarão a vigorar em todo o territorio da Republica, emquanto não modificadas, revogadas ou substituidas em cada Estado por seus competentes poderes » — assim rezava o art. 63.

Fundidos os tres projectos, foi afinal publicado o definitivo *Projecto da Commissão*, cujos arts. 33 n. 13 e 71 assim dispunham: « Art. 33. Compete ao Congresso: 13. Organisar, no prazo maximo de cinco annos, a codificação das leis civis, commerciaes e criminaes que devem regular as respectivas relações de direito em todo o territorio nacional, bem como a codificação das leis de processo, sendo licito aos Estados alterar as disposições de taes leis em ordem a adaptal-as convenientemente ás suas condições peculiares. Excedido este prazo sem estar feito o trabalho de codificação, fica livre aos Estados organisar por si a codificação de suas leis. — Art. 71. Cada Estado se governará por suas proprias leis constitucionaes e ordinarias com a condição de amoldal-as ao regimen republicano e aos principios fundamentaes consignados na Constituição. »

Mas o Governo Provisorio não ficara satisfeito; e pelo Dec. n. 510 de 22 de junho de 1890 publicou o seu *Projecto*, cujo systema, neste assumpto,

5. Pela harmonia das sciencias, porque a idéa primigenea do direito, o *jus æternum* de Vico ou o *suum cuique tribuere* da Instituta, esse principio vital das sociedades bem organisadas, e que é por assim dizer o *nodus ahenus* de todas as sciencias, não póde deixar de ser universal, como universal é o proprio sentimento da identidade humana. Mas, si ainda é certo que o direito, em suas applicações concretas, em suas modalidades idiogmaticas, se nacionalisa consoante peculiaridades de indole ou condições ingenito individuaes; *si da concepção scientifica da sociologia moderna*, dissemos naquelle dia, *decorre o conceito hodierno do direito, que é a vida de um povo, como o sangue é a vida do individuo, e deve ser, portanto, integral, harmonico em sua integridade nacional, como integral é a lei physiologica que dirige a conservação da vida physica*, retalhar o direito por supersticioso culto ás abstracções da politica federativa, seria oppôr estorvos á propria conservação da vida nacional.

Nem a concepção da unidade juridica se limitava então, em nosso espirito, pelas linhas geographicas da unidade patria. Foi além. A nossa epigraphe de hoje já desde aquella solemnidade de 1890 constituia o lemma da nossa profissão de fé politica. *Nec erit alia lex Romæ, alia Athenis; alia nunc, alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit*. Era a concepção mais larga da unidade do direito humano, que havia mais ainda illuminado o já illustre espirito de Cicero, e que dezoito seculos mais tarde o portentoso autor da *Vita Nuova* assim formulou: *Jus æternum verum ac proinde inter omnes et semper et ubique jus*.

A ordem cosmica não podia vir unicamente da harmonia physica, sinão tambem da consonancia moral, cuja formula suprema aquelle mesmo primeiro dos oradores romanos puzera na connexão universal das

---

não era facil apanhar com precisão. Si conferia ao Congresso Nacional competencia para codificar as leis civis, criminaes, commerciaes e processuaes *da Republica* (art. 33 n. 24), tambem competencia conferia a cada Estado para se reger pelas *leis* que adoptasse, com as unicas limitações consignadas no art. 62.

Eis ahi os motivos das nossas apprehensões naquelle discurso de 4 de dezembro de 1890.

sciencias. *Omnes artes quæ ad humanitatem pertinent, habent quoddam commune vinculum et quasi cognatione quadam inter se continentur.* E si todas as sciencias se congregam pelos mais apertados laços de mutua sympathia, por que não haverá o direito de ser identico no seio da humanidade integra?

Dominados por esta idéa, então dissemos mais:

«Si a physica e a chimica, si a anatomia e a physiologia, si a estatica e a dynamica, si todas as leis da natureza creada são identicas em todas as partes do mundo physico, por que suppôr impossivel uma época em que o direito seja identico em cada porção do mundo social, quando é certo que o direito é a força moral que dirige os povos, assim como qualquer lei particular d'aquellas sciencias é sempre uma manifestação da mesma força physica que governa o mundo? Si a sciencia moderna, buscando a unidade fundamental dos phenomenos, na phrase de Roberty, parou na concepção do movimento, como exprimindo a generalisação mais adequada a enfeixar a inteira diversidade real dos factos observados, porque não ha de ser um só e generalisado o direito, que é o principio do movimento humano, puro estado biologico-social, na valente demonstração de Letourneau? Si o binomio de Newton é identico em Paris, em Tunis, em Stockolmo, em S. Paulo, em Nagazaki, em New-York ou em Sidney, por que deixará de ser identica entre todos os povos a noção pratica do direito, que é a formula universal de todas as manifestações da actividade do homem, como universal é a formula do illustre sabio de Woolstrope? Qual o idéal dos grandes pensadores, taes como Dante e Leibnitz, sinão a monarchia universal, como a republica universal o era de Platão e de Morus? E contemporaneamente, qual o sentimento de Bluntschli, o illustre professor de Heidelberg, e supremo arbitro do direito internacional? Eil-o bem nitido no seu *Allgemeines Sttaatsrecht:* «A vida da humanidade revela invencivel tendencia para a unidade: si esta se realizou no seio das diversas nações, deve tambem se realizar no seio do genero humano. Ha tambem um laço de direito entre os povos como entre os individuos; ora, o direito não póde dominar entre as nações sinão emquanto estas fizerem parte de um corpo politico que abrace a humanidade inteira.»

Entretanto, era bastante que provisoriamente fechassemos o quadro da unificação do direito com a idéa da immediata necessidade de manter unido na Republica o direito que, para bem nosso, unido vivera na monarchia. A universalisação do direito era apenas aspiração humana; a unidade do direito nacional era, porém, necessidade pratica de actualidade imperiosa.

Por isso accrescentámos:

« Mas, si aquella é a orientação da politica internacional moderna, que na concepção naturalista da materia juridica, a qual, por assim dizer, é a materia prima do humano *Kosmos*, acha o principio organico da sympathia universal, como que o ponto de união entre os cinco continentes, entre todas as raças, entre todos os sentimentos e idéas; si no fundo das excavações dos modernos anthropologistas, encontra-se identica a materia plastica do direito, e no desdobramento cultural da evolução juridica, quaes si fossem o *alpha* e o *omega* do abecedario humano, apuram-se os dous esteios communs de toda legislação: o justo e o honesto, que são os *protoplastos* sociaes — o principio da unidade do direito scientifico é fatalmente imposto quando consideramos esta ou aquella nacionalidade particular. Nesse ponto, a chamada doutrina separatista começa a perder terreno, declinando positivamente de suas insufiladas pretenções, e vai o unionismo ganhando maximos triumphos. »

6. E passámos a demonstrar historicamente a nossa these. *Inter omnes et ubique* — entre todos e sempre e em toda parte a tendencia unionista nos appareceu a se accentuar sem reserva. Vimos a legislação franceza anterior á Revolução de 1789 passar, do tenebroso cahos em que até então se amalgamara sem ordem, a essa primeira consolidação do direito civil moderno, até hoje fecundo exemplar da sciencia juridica — o Codigo Napoleão.

Na propria Inglaterra, immorredoira patria das tradições locaes, onde tão varia é a legislação quão variadissimas são as suas origens ethnologicas, vimos que desde John Fortescue e Thomas Littleton, no seculo XV, procuram os jurisconsultos, conciliando os *writs*, os *records* e os *reports* já entre si, já com

as outras partes do direito escripto, dar ao direito inglez as linhas engrenadas de um systema scientifico.

Na Hespanha, tudo quanto então dissemos, e já era muito no sentido de affirmar a proxima época do definitivo baque dos *Fueros*, e das *Partidas*, e das *Nova* e *Novissima Recopilações*, e das *Leis de Toro* e das *Ordenanças Reaes de Castilha*, esse *mazorral amálgama de leys divergentes*, como já em 1490 se exprimira o celebre jurisconsulto Alonso Dias de Montalvo, immediatamente depois foi coroado pela vulgarisação do *Codigo civil*, promulgado por decreto de 24 de julho de 1889. A codificação das leis civis hespanholas, como em 1871 se déra com as leis criminaes e com as commerciaes em 1885, rematara o trabalho epitomador dos jurisconsultos. Sómente, como nota desharmonica, lá ficou no codico civil o art. 12 impossibilitando, contra os votos de Santamaria, Gutiérrez, Otero e outros jurisconsultos, a completa unificação do direito nacional [5].

Tambem a Allemanha já chegou além do ponto em que naquella época a deixaramos na progressiva tendencia para a unidade do direito privado. A's manifestações reactoras contra as exaggerações da escola historica então assignaladas — codificações do processo civil, da organisação judiciaria, do processo do concurso de credores, do direito penal, do direito das obrigações — juntou-se agora o Codigo Civil, que é hoje a mais apurada condensação do direito civil.

Do mesmo modo a unificação politica da Italia teve como consequencia a unificação do seu direito.

Ali, dissemos, «em cujo limitadissimo territorio, continental e maritimo, os antagonismos do direito germanico e romano, a simultanea dominação das leis lombardas, das *leges barbarorum*, do codigo napoleonico, dos estatutos da Sardenha, das pragmaticas e leis parlamentares do tempo de Aragão —

---

[5] « Art. 12. As provincias e territorios onde vigora um direito local) *fuero*), o conservarão em toda a sua integridade, sem que experimente modificação alguma em seu regimen juridico escripto, ou costumeiro, por virtude do presente Codigo, que lhes não será applicado sinão como lei supplementar, em falta de disposições nas leis especiaes. »

O que dissemos deste art. 12 veja-se na *Universalisação do Direito*, pag. 71.

immenso e intrincado mosaico de regras antinomicas —deixavam vacillante o estado ou condição juridica das pessoas, não havia estabilidade alguma nas posições adquiridas, incertas as heranças, fluctuantes as fortunas, perplexas as actividades e ambições». Pois mesmo «muito antes da unificação politica de toda a patria de Victor Emmanuel, já a tendencia unificadora do direito tinha manifestações positivas. Em 1819, o codigo das Duas-Sicilias se tornava executorio em toda a peninsula; em 1827, Carlo Felice dava um codigo á Sardenha; e logo que toda a Italia recuperou a sua unidade autonomica, o primeiro cuidado do conde de Cavour, em 1859 e 1860, foi tratar da codificação do direito civil nacional, e ao engenho de Miglietti, Conforti, Pisanelli e Vacca, deve a sciencia juridica um dos mais bem acabados monumentos da sabedoria moderna».

Talvez mais na Suissa do que alhures andava retalhado o direito, consoante differenças de nacionalidade, como dos cantões allemães para os da Suissa romanda, ou disparidade de idéas, como dos cantões germanicos para os latinos, ou dissemelhanças idiomaticas, como dos cantões do codigo civil bernez para os do codigo napoleonico; e tão longe ia aquelle espedaçamento das *normæ agendi* do direito helvetico, que «em muitos cantões, como no Schwytz, de um para outro districto, no mesmo districto de uma para outra rua, na mesma rua de um para outro lado, no mesmo lado de uma para outra casa, na mesma casa de um para outro individuo»[6] variava o direito que a todos devia enlaçar na mesma existencia social! Entretanto, com a constituição federal de 1874, iniciou a Suissa o trabalho da sua centralisação legislativa, e um «dos mais estimados professores da confederação helvetica, o Dr. Virgilio Rossel, declara *se associar, não por simples concurso platonico, mas de todo o coração, aos esforços daquelles que querem e trabalham pela unificação do direito em seu paiz*».[7]

---

[6] João Monteiro, *Discursos*, pag. 19.

[7] *Preface du Manuel du Droit civil de la Suisse romande* — Genève, 1886.

O *Codigo federal das Obrigações*, de 1881, é já um largo passo no caminho da unidade do direito suisso.

Na Austria, em cuja vida juridica se disputavam o direito romano, o direito commum allemão, e as ordenanças dos imperadores, a sagacidade de Maria Thereza ordenou, em 1753, que *leis constantes e uniformes fossem introduzidas em todas as provincias austriacas*. A consolidação dessas leis deu o Codigo de Francisco II, até que em 1852 e 1853 o Codigo civil austriaco se extendeu á Hungria, á Croacia, á Esclavonia e á Transylvania.

Na Russia, onde a concurrencia de povos differentes mantem triplice codificação civil — a polaca, a baltica e a finlandense — « desde Nicolau I outro não é o movimento legislativo, pois além do livro X do *Svod*, que encerra as leis civis applicaveis em todo o imperio, salvo excepção formal, já estão codificadas com caracter geral numerosas e importantes leis de ordem administrativa ou politica, e bellos titulos de gloria de Alexandre II são o codigo do processo civil e criminal, e o codigo penal ».

A respeito de Portugal, reproduzamos dous periodos do nosso *Discurso* :

« Portugal, que si é quasi uma nullidade geographica, foi sempre de intellectualidade pujante, deixou ainda viver por muito tempo, ao lado das suas *Ordenações*, o vetusto e anomalo direito dos *foraes* e *privilegios*, interpretados nas suas origens germanicas — restos archeologicos que escaparam do *Mallum*, com os *Conjuratores* e os *Juizos de Deus* — especiede *Pandemonium* de Milton, como lhe chama o profundo Thephilo Braga. »

. . . .

« Portugal, com o seu moderno Codigo Civil, deu-nos vigorosa licção de decidido adiantamento, abrindo nova e segura rota á expansibilidade da vida juridica nacional, emquanto que nós, no *mare magnum* de milhões de leis, as taes leis *separadas*, de Portugal, vamos emmaranhando a vida civil nas Affonsinas, Manoelinas ou Philippinas, nas incongrugencias do Direito commum ou romano e nas arrogancias das Decretaes, batidos vergonhosamente das soporiferas e não raro estultas controversias dos reinicolas, a cuja frente, pedante e pesado, ostenta-se o famoso advogado da Beira,

por alcunha o Lobão, *litterato de curta intelligencia e nenhuma philosophia*, como lhe chama, em seus *Estudos sobre o casamento civil*, o grave Alexandre Herculano.»

Não menos accentuado já era então o movimento unificador na America. Venezuela, Chile, Republica Argentina, Republica do Uruguay têm nos seus codigos a systematisação do direito moderno, com decisiva influencia sobre a unidade nacional.

Finalmente, quanto á poderosa Republica dos Estados Unidos da America do Norte, que se observa?

James F. Colby, em artigo publicado no *Jornal do Commercio* de 21 de agosto de 1892, escrevendo sob o titulo *Legislação federativa e sua unidade*, abre o seu profundo e interessantissimo estudo com esta espirituosa phrase: Os americanos, conhecendo superficialmente a historia das castas asiaticas, chamam aos brahmanes de *Animaes carregados de regras*. Pois a cortezia oriental não deixa os brahmanes retrucarem que não ha no mundo gente mais presa a maior numero ou variedade de regras, ou leis no sentido proprio, do que os auto-cognominados homens livres da Republica americana».

Assim é, e por uma razão historica, o que quer dizer logica. Producto de factores varios, a organisação federal na America do Norte devia fatalmente se impregnar da variedade de leis, costumes, tradições, idéas, sentimentos e idiosyncrasias dos diversos povos que lhe compuzeram a nação politica. Não existindo rigorosamente povo americano, isto é, composição politico-integral de gente americana, antes multicor amalgama da desconforme colonisação ingleza com os diversos elementos da população indigena — desequilibrada liga de prejuizos metropolitanos com justas aspirações de autonomias locaes — naturalmente se devia seguir o denunciado cahos no mundo juridico americano. Nem a Revolução, que convertera as colonias inglezas da America na Republica americana, conseguiu, precisamente porque, como pondera Colby, foi toda conservadora, alinhar os meandros daquella nova Phrygia legislativa. A *common law* ingleza, as emendas que parcelladamente lhe caudaram, as leis coloniaes, que até 1776 em tantas difficuldades ali puzeram a vida ou actividade juridica, tudo se mesclou na Grande Republica.

Vem depois, em 1789, a adopção, pelo povo dos Estados Unidos, da Constituição federal, e com esta, a creação de novos orgãos legislativos. Congresso e tribunaes federaes, congressos e tribunaes estadoaes — eis os legisladores sobreviventes. « Um effeito incidental dessa divisão de poderes soberanos, diz aquelle escriptor americano, por meio da qual se concedeu aos Estados Unidos, que só por si não têm lei commum, predominio sobre alguns assumptos de interesse nacional e pela qual se reservou o predominio sobre as materias que são de interesse local aos Estados que têm lei commum, foi perpetuar nos Estados as condições que nas colonias haviam concorrido para tornar a legislação americana complexa, variada e volumosa... »

Em seguida, as novas conquistas do engenho humano, que durante este moribundo seculo tanto alargaram a necessidade de novas leis, crearam, em favor dos congressos e tribunaes estadoaes, competencia na formação de novas regras de direito. Os congressos se fizeram tanto mais prolificos quanto mais se extendiam as linhas do progresso material. « O facto capital no mecanismo dos estados modernos, disse Sumner Maine, é a energia das legislaturas. » Este conceito, accrescenta Colby, tem seu maximo apoio na historia legislativa dos Estados Unidos. Quanto aos tribunaes, eis como se exprime aquelle escriptor :

« Os tribunaes estadoaes têm procurado, pela extensão e modificação das velhas leis, pô-las em harmonia com as condições novas. Este processo de legislação judicial, não reconhecido, que decreta a lei conforme o caso, é, na opinião da maioria dos advogados, o systema mais seguro de legislação e o meio pelo qual se fizeram muitos dos maiores melhoramentos na parte substancial das leis durante o seculo passado. E', porém, innegavel que o emprego incessante deste systema de legislação pelos tribunaes independentes de muitos estados e a acceitação por todos elles da doutrina dos precedentes (o que faz de cada caso, que se decide, uma parte da lei com a qual aquelles que a praticam se devem familiarisar), tornou, de anno para anno, peior a lei americana. Desse modo a complexidade das nossas leis de ha muito que começou a justificar a sua denominação popular

de « chaos legal »; a sua diversidade é considerada agora até para os entendidos « um labyrintho de casos particulares »; o seu volume ameaça em breve esgotar a faculdade humana de compillar, porque, emquanto os processos registrados na Inglaterra, que começam no reinado de Eduardo II (1307— 1327), enchem apenas tres mil volumes de registros, os dos Estados Unidos publicados desde 1788 já enchem cerca de quatro mil volumes, sem se levar em conta que as decisões correntes augmentam este corpo de archivos americanos, de cerca de cem volumes por anno. »

Pois bem : Não obstante tantos elementos ethnogenicos capazes de justificar o systema legal americano, qual é a tendencia actualmente ali posta em movimento para *(sic)* « remediar tão grande mal ? » Só ha uma resposta possivel, responde Colby. A unificação de todas as leis americanas. Uma só regra de direito para regular o estado civil, o casamento, o divorcio, o testamento, isto é, o homem quasi inteiro nas relações mais importantes da vida civil; uma só regra para estreitar os homens nas relações da vida mercantil e industrial; uma só regra que os enfeixe na incessante permuta dos varios serviços e das differentes actividades que possam ser objecto dos contractos e quaesquer actos de declaração da vontade. Si as revoluções industriaes, commerciaes e politicas do seculo unificaram socialmente a America do Norte, creando a nação Americana — é sempre Colby quem está fallando — si a unificação social fez dos Estados Unidos um unico Estado commercialmente considerado, aquella diversidade de leis, como actualmente existe nos quarenta e quatro Estados da Republica, tende a se tornar puramente obstructiva. E accrescenta :

« Nas condições actuaes não é provavel que ou os interesses envolvidos corram perigo ou que o desenvolvimento sadio soffra embaraço com semelhantes regulamentações. De facto, embora a sentença do juiz Chase, no processo do Texas contra White, que « a Constituição em todas as suas provisões visa a uma União indestructivel composta de Estados indestructiveis » — exprima com exactidão um principio legal, a Constituição, si tem de preencher os fins para que foi estabelecida, deve ser interpretada e applicada de

tal modo, nas diversas gerações, que reconheça o facto biologico, que tanto a Nação como os Estados são organismos vivos com necessidades mutaveis e progressivas.»

Eis porque hoje, na grande Republica do Norte, a *Associação do Fóro Americano*, com mil e cem membros, representando quasi todos os Estados e Territorios, em cujo seio se contam os mais celebres juristas e advogados, inscreveu nos seus estatutos, que vêm de 1877, como principal dos intuitos da Associação — *promover a uniformidade da legislação em toda a União*.

E em 1882 promoveu a dita Associação a decretação de duas leis por todos os Estados e Territorios — uma prescrevendo certa forma de reconhecimento de instrumentos relativos a bens immoveis, e outra para prevenir divorcios fraudulentos. A primeira foi em 1883 adoptada no Missouri; a segunda, já o foi em Minnesota e no New-Hampshire.

Em 1889 mais se accentuou o movimento unionista, especialmente ácerca das leis sobre casamento, divorcio, herança e partilhas, reconhecimentos de documentos e testamentos.

Em 1890, a Associação «recommendou a decretação por cada Estado e pelo Congresso dos Estados Unidos para o districto de Columbia e os Territorios, de uma lei modelada por uma recente lei do Estado de Nova-York, e que consta substancialmente dos seguintes termos:

« O Governador, dentro de trinta dias depois da passagem desta lei, nomeará, com o consentimento do Senado, tres commissarios que por esta ficam constituidos em junta de commissarios com o nome e a denominação de commissarios para a promoção da uniformidade de legislação nos Estados Unidos.

Será dever da commissão examinar as questões de casamento e divorcio, insolvabilidade, forma de certidões tabelliôas, herança e distribuição de bens, verificação de documentos, factura e verificação de testamentos, e outros; estudar os melhores meios de considerar si será conveniente e praticavel para este Estado convidar os outros Estados da União a que enviem representantes a uma convenção que faça um projecto de leis uniformes para serem submettidas á approvação e adopção dos diversos Estados, e a estudar

e recommendar todas as outras medidas tendentes á melhor realisação dos fins desta lei.»

De conformidade com esta recommendação e em virtude dos esforços dos conselhos locaes da Associação do «Fôro Americano», crearam-se em cinco Estados commissões, modeladas pela do Estado de Nova-York, para tratar das leis estadoaes uniformes.

Estes Estados são a Pensylvania, o Massachusetts, o Michigan, a Nova-Jersey e o Delaware.

Assim, pois, seis Estados, constando de uma grande fracção da população de todo o paiz, entregaram-se a este movimento. O caracter elevado e a experiencia profissional dos commissarios nomeados constituem penhor de trabalho fidedigno e de conclusões sabias.

Em principios de 1891 o presidente da commissão de leis estadoaes uniformes, da Associação do Fôro Americano, dirigiu circulares a todos os membros desta commissão, e tambem a diversos juizes dos tribunaes estadoaes superiores e a advogados que houvessem feito estudo especial da legislação interestadoal, pedindo resposta aos seguintes quesitos:

1.º Quaes os males ou inconvenientes especiaes, si os ha, resultantes no nosso Estado da actual falta de uniformidade?

2.º Sob que ponto de vista se torna mais desejavel maior uniformidade nas leis dos varios Estados, relativas a casamento, divorcio, jurisdicção e residencia nos processos de divorcio, herança, distribuição, testamentos, verificação, insolvabilidade, certidões tabelliôas, papel commercial, verificação de documentos?

3.º Si se torna necessaria maior uniformidade, até que ponto é ella praticavel?

E' notavel o consenso de opiniões expresso nas respostas.

Mostram ellas que existe uma conformidade quasi unanime sobre os seguintes pontos:

1.º Que leis discordantes e em conflicto produzem em todos os Estados os males ou inconvenientes especiaes da perplexidade, incerteza e confusão, com consequente dispendio, tendencia para embaraçar a liberdade de negociar e para occasionar desnecessaria falta de segurança nos contractos, resultantes de litigios inuteis de extravios de justiça;

2.º Que se torna desejavel maior uniformidade em todas as materias designadas e torna-se muito urgente e immediatamente necessaria nas materias que affectam directamente aos negocios communs e extensivos a todo o paiz, taes como a execução de contractos, a cobrança de dividas, a transmissão de propriedade, a natureza, a validade, a negociabilidade, e systema do papel commercial, e as formalidades de todos os instrumentos legaes e as provas da sua authenticidade;

3.º Que alterações rapidas, radicaes e fundamentaes nas leis do divorcio, da herança e distribuição de bens, comquanto desejaveis, encontrariam a maior difficuldade, e na maioria dos Estados haveria maior probabilidade de serem adoptadas, depois de haverem sido demonstradas, pela experiencia, as vantagens geraes da uniformidade em assumptos commerciaes;

4.º Que a desejada uniformidade se póde melhor alcançar pela acção legislativa concurrente nos varios Estados.

Na ultima Assembléa annual em agosto de 1891, a Associação do Fôro Americano, approvando o segundo relatorio da sua commissão para leis estadoaes uniformes, que consolidava as opiniões dos profissionaes e annunciava que seis Estados haviam já nomeado commissões para estudar a uniformisação das leis estadoaes, renovou a sua recommendação de que fossem nomeadas commissões iguaes por cada Estado, e pelo Congresso para os Territorios e para o districto de Columbia, e empenhou por parte de seus directores e seus membros cooperação efficaz, tanto na fundação, como no trabalho dessas commissões.»

Nem pareça prolixa esta noticia sobre a propaganda unionista nos Estados Unidos do Norte, pois não ha negar que naquella Republica tinham os nossos constituintes os olhos como sendo o melhor exemplar a seguir.

E como é alli mesmo encarado o assumpto sob o aspecto politico? Responda o mesmo James Colby:

« Qualquer que seja o resultado immediato desse projecto de reforma das leis americanas, não podem ficar em duvida os que estudam seriamente a nossa historia, que mais cedo ou mais tarde, a consciencia crescente da nacionalidade americana ha de, de algum modo, achar expressão em justiça mais uniforme sem offender as liberdades locaes.

E assim a historia evolutiva do direito nos forneceu inilludente argumento em favor da unidade do direito nacional contra os que, embalados pela seductora fallacia do livro de Lèon Donat e pela superficiedade do de Pi y Margall, talvez insufflados pela pretenção de crearem um Brasil novo, viam na unidade do direito brasileiro coisa incompativel com a republica federativa.

A licção era decisiva, pois que, como fizemos vêr, « não obstante differenças ethnologicas e ethnographicas, religiosas e linguisticas, politicas e civis; não obstante haver francezes, belgas, suissos e allemães na França; inglezes, saxonios, normandos, escossezes e irlandezes na Inglaterra; iberos e celticos, allemães e francezes, russos e polacos, hungaros e lombardezes — profunda e nitida divisão de raças em todos os outros estados europêos; não obstante a concurrente propaganda da politica federativa, a que o pequeno livro de Pi y Margall ia servindo de conducto; não obstante em alguns paizes, como na Suissa, a federação ter chegado á expressão maxima da independencia dos Estados, constituindo a confederação, fórma que não é a traçada na nossa futura Constituição Politica; não obstante, finalmente, os ultimos lampejos da escola historica», o direito se unificara nacionalmente aqui e alli, *semper et ubique:* porque haveria de se retalhar no Brasil, si o « mesmo céo nos cobre a patria inteira e as mesmas rutilas constellações prateam as nossas encantadoras noites; a mesma lingua fallaram nossos pais, fallamos nós e fallarão os nossos netos; o mesmo Deus, o Divino Pai do pallido Christo, enche de fé religiosa a nossa alma de catholicos: tudo denuncia a nossa unidade de origem e de costumes?»

7. Anno e meio depois, inaugurando o *Curso de Legislação comparada* na Faculdade de Direito de S. Paulo, levantei, a perlustrar sobre a historia do movimento juridico contemporaneo, o throno unido do direito universal. Bem como, a distancias vertiginosas, a enorme massa do Himalaya magestosamente se enquadra na azulada moldura do horizonte, assim tambem, sobre as paginas de provavel futuro, fiz vêr o magnificente codigo da Universalisação do Direito.

« A sciencia, disse Victor Hugo, procura o moto continuo. Achou-o: é ella mesma.» Mas em que póde

consistir o movimento perpetuo da sciencia e, portanto, do direito, sinão na propria força de sua extensibilidade? A arte, que é a natureza apprehendida pelo homem, é universal, porque universal é a identidade das côres, que animaram o pincel de Miguel Angelo, das linhas, que avivaram o cinzel de Phidias, dos sons, que vibraram o genio de Beethoven, das intimas vozes, que fallaram dentro na alma do formidavel Dante. Mas porque o direito, que é o proprio universo na posse humana, não se universalisará na identidade universal dos desejos, das aspirações, dos interesses, que são a materia prima das relações sociaes?

8. Então, tomando por epigraphe a bellissima phrase de Laurent — «Qual é o liame da sociedade universal? O direito» mostrei quão efficiente podia ser o estudo da legislação comparada na propaganda da unificação universal do direito. Com Lerminier, Fœlix, Wolowsky, Ortolan, na França, Kind e Warnkœnig, na Allemanha, Den Tex e Van Hall, na Hollanda, Hayward e Ridgway, na Inglaterra, Sumner e Cushing, nos Estados Unidos do Norte, Lampado e Bianchini, na Italia, e outros, e muitos outros, argamassámos a pyramide em cuja triplice face escreveramos uma das ultimas paginas de Napoleão, esse humano Himalaya do seculo que está morrendo. [8]

A concentração dos povos pela identificação do direito. A patria na humanidade. Com o genio de

---

[8] **Eil-a, no original:**

« Une de mes grandes pensées avait été l'agglomération, la concentration des mêmes peuples géographiques qu'ont dissous, morcelés les révolutions et la politique. Ainsi l'on compte en Europe bien qu'épars plus de trente millions de Français, quinze millions d'Espagnols, quinze millions d'Italiens, trente millions d'Allemands: j'eusse voulu faire de ces peuples un seul et même corps de nation. C'est avec un tel cortège q'uil eût été beau de s'avancer dans la posterité et la bénédiction des siècles. Je me sentais digne de cette gloire!

« Après cette simplification sommaire, il eût été plus possible de se livrer à la chimère du beau idéal de la civilisation: c'est dans cet état de choses qu'on eût trouvé plus de chance *d'amener partout l'unité des codes*, *des principes*, *des opinions*, *des sentiments*, *des intérêts*... Alors peut-être, à la faveur des lumières universellement répandues, devenait-il permis de rêver, pour la *grande famille Européenne*, *l'application du congrés américain ou celle des* AMPHYCTIONS *de la Gréce;* et quelle perspective alors de force, de grandeur, de jouissance, de prosperité! Quel grand et magnifique spectacle!...

Sainte Hélène, le 11 novembre 1816. »

Ihering, repetimos que — *si a lingua, os costumes, a religião, as palavras, as idéas, os prejuizos, a fé, as superstições, a industria, a arte, a sciencia, si tudo obedece á lei de communicação e de acção internacional, porque só o direito se haveria de subtrahir a esta lei geral da civilisação?* [9]

9. Com o precioso Foustel de Coulanges tambem dissemos — que o bemdito advento do christianismo modificára pacificamente a humanidade. O sentimento de repulsão, que a *hostilis facies* inspirava [10], dissipou-se, como as sombras da noite se desfazem á lucifera ascenção solar. « Cahiram as barreiras que separavam os povos e as raças; desappareceu o *pomœrium:* « Jesus Christo, disse o apostolo, rompeu a muralha de separação e de inimisade. » — « Ha varios homens, disse elle ainda, mas todos não fazem mais do que um só corpo. Não ha nem gentio, nem judeu; nem circumciso nem incircumciso; nem barbaro nem scytha. Todo o genero humano está ordenado na unidade. » Ensinou-se mesmo aos povos que elles descendiam todos de pai commum. Com a unidade de Deus, a unidade da raça humana appareceu aos espiritos, e desde então se tornou necessidade religiosa prohibir ao homem que odiasse os outros homens [11]. E o famoso theologo Suarez e o celebre Grotius rasgaram novos e largos trilhos á internacionalidade do direito. Grotius, disse Philimore, é o *famous masterbuilder of International Jurisprudence, the great legislator of the community of States.* [12]

Vieram depois outros calorosos batalhadores da religião juridica. Bagehot, analysando as *leis scienti-*

---

[9] *Espr. du D. R.*, I p. 8.

[10] Assim Virgilio denominava a cara do extrangeiro; e tão longe ia aquella repulsão, que como se lê na *Eneida*, devia o sacerdote, emquanto celebrava os exercicios religiosos, trazer a cabeça coberta para não vêr a figura de algum extrangeiro, o que seria de máo agouro.

Purpureo velare comas adopertus amictu,
Ne qua inter sanctos ignes in honorem deorum
Hostilis facies occurrat, et omnia turbet.

III, 405-407.

[11] F. de Coulanges, *La cité antique*, pags. 460-461.

[12] Philimore, *Commentaries upon Intern. Law*, p. XII.

ficas do desenvolvimento das nações em suas relações com os principios da selecção natural e de hereditariedade, predisse, sim, o que em 1898 lord Salisbury arrogantemente repetiu no seu famoso discurso da *Primrose League*; mas hoje os conceitos de Bagehot sem pena nos levam a vêr, na predominancia das nações mais fortes, na supremacia do typo e do caracter mais attractivos, na concurrencia em favor do melhor typo e do melhor caracter, não formula animal do darwinismo puro, senão a resultante moral da extensibilidade do sentimento juridico. Nem outra teria sido a idéa de Bluntschli quando, em seu *Das moderne Völkerrecht* [13], presagia o desapparecimento das lacunas do actual direito das gentes, *quando o genero humano formar um só Estado comprehensivo de todas as nações*. E a sua propaganda pela codificação do direito internacional que mais significa sinão a futura universalisação da materia juridica, como universal é a materia cosmica?

E fallámos mais com Dudley-Field, ao propôr, em Manchester, a nomeação de uma commissão encarregada de formular o plano de um *Codigo Universal*; com o eximio Laurent, nos fornecendo a epigraphe do nosso discurso; com Savigny, que talvez renegando as rigorosas tradições da escola historica, clamava pela perfeita egualdade entre nacionaes e extrangeiros, o que, na phrase de Ihering, é a apostasia daquella escola; com Esperson, vendo, *no reciproco reconhecimento entre todos os povos de um laço de direito, a realisar, no dominio dos interesses privados, a fraternidade e unidade humanas*; com Paschoal Fiore, atravez da sua *Organisação juridica da sociedade dos Estados*; com o conde Kamarowsky, creando o seu *Tribunal Internacional*; e mais com Dareste e Dubarle, de Pariz, De Fort, de Genebra, Salvador y Maluquer, de Madrid, Henrique Midosi, de Lisboa, Philaretos, de Athenas, Wolf, de Berle, o Visconde de Ourem, do Brasil, e outros e mais outros que hoje extendem desmedidamente aquella luzida linha dos melhores universalistas do direito. Todos nos mostraram a decidida tendencia do direito civil em sua nova phase, que, no dizer

---

[13] 3ª edic. pag. 12.

de Cimbali, já entrou na linha da direcção positiva para a unificação organica das leis. *Nos novos horisontes do direito civil*, o talento de Cavagnari nos mostrou, a luzir, como a estrella polar dos modernos povos, a futura universalisação do direito.

10. E percorrendo conceitos dos mais valentes athletas da nova bandeira—Cogliolo, Carle, Letourneau, Niccola Marcelli, Arnold e outros, e mais outros ainda, vimos como os livros de Hubero, *de conflictu legum*, de Hert, *de collisione legum*, de Paulo Voet, *de concursu legum*, lá se vão archivando para sempre nas collecções archeologicas da historia do direito, como inutilidades imprestaveis, até que chegámos a repetir a expressiva phrase de uma senhora franceza de fino espirito, referida em Lomonaco : *la patrie au XIX.*° *siécle est un wagon de chemin de fer*.

Quer dizer : encurtam-se as distancias, alarga-se a esphera da permuta internacional, cosmopolisa-se a vida em todas as suas possiveis manifestações ; e porque a vida social é o proprio direito em acção, eis que o direito lá se vae generalisando em suas regras fundamentaes ; e bem como o sol nasce identico para todos os povos e senhor soberano do céo universal, assim o direito, como disse Carrara, se expande como unico soberano da terra immensuravel.

E nesta pagina daquelle discurso synthetisámos o nosso programma :

« Pois si as nações se rejubilam deante de cada navio que lhes leva os productos das industrias economicas, porque só na permuta mercantil internacional está a condição do bem estar dos povos, como não representará para ellas mais poderoso elemento de vida a importação desse unico producto insubermissivel—o direito ? Si o commercio confunde as nacionalidades pelo perfeito nivelamento das necessidades da vida physica e artistica humana, por que razão não as haverá de mesclar o direito, que é a seiva da vida moral dos povos ?

« Entre as duas idéas de nacionalidade e de universalidade, diz Ihering, divide-se a historia universal do direito das epocas passadas ; o mesmo antagonismo, digo eu, representa o momento actual da existencia humana, e da solução desta crise depende a paz ou a guerra, isto é, o direito ou a anarchia, a vida ou a morte.

« Quereis o direito e a vida ? universalisae a norma juridica ; a anarchia e a morte ? nacionalisae ciosamente o direito de cada povo. »

11. Eis ahi por que, em outra solemnidade, quando o estado de S. Paulo brilhantemente inaugurava a sua Escola Polytechnica, mais uma vez, sempre dominado pela idéa de que no direito reside a unidade vital das sociedades, tive occasião de defender a bandeira do meu ideal sociologico.

Vi então que na mutualidade das sciencias residia mais um argumento em favor da possivel universalisação do direito. Quando o grupo das sciencias da natureza physica alli nos abria as portas do seu palacio a nós outros, como dissemos, os filhos da academia dos idealismos platonicos, das subtilezas hegelianas, dos imperativos kantistas, das sophisticas controversias sabinianas e proculeanas, e assim nos chamava á communhão scientifica, não só nos dava prova concludente de que a metaphysica póde penetrar em qualquer das espheras do conhecimento humano, como adequado ensejo de affirmar que no direito é que está a synthese de todas as sciencias. Sim ; porque si tudo no mundo se reduz a força, a quantidade e a extensão—que é o direito, sinão uma força ? sinão uma quantidade ? sinão uma extensão ? Que força transforma as sociedades sinão o direito ? Que quantidade mais poderosa do que elle na construcção internacional dos estados ? que extensão iguala á delle na medida da intellectualidade de um povo ? [14] Epocas houve em que duas cidades, geographicamente insignificantes, dominaram o mundo — Roma e Athenas. Politicamente não tinham fronteiras : eram o illimitado, o incommensuravel, formavam o grupo sideral da consciencia humana. *Urbi et orbi*. Qual a força que assim lhes augmentava a quantidade politica e lhes estendia o poder dominador do mundo então conhecido ? Era o direito. Justiniano e Lycurgo foram senhores universaes.

E todas as sciencias nelle confluem, porque sendo o homem, como nos ensina Protagoras, a medida de tudo quanto existe no mundo social, o direito não é outra cousa sinão o mesmo homem

---

[14] *Discursos*, pags. 60-61.

pensando e sentindo, agindo e conquistando, sempre e em toda a parte, a propria creação racional, o amor e a sympathia, o espirito nas harmonias da intelligencia e a carne na satisfação das necessidades sensiveis. O direito é tudo isto porque tudo isto é identico em cada linha do mundo civilisado. E' a synthese de todas as coordenações moraes. E', portanto, a universalidade humana. Está para a co-existencia social como as lettras para as syllabas, as syllabas para as palavras, as palavras para a proposição, a proposição para a permuta das idéas. Cadeia indissoluvel.

13. No anno seguinte, a proposito da bellissima dissertação do Dr. F. Meili, professor de Direito internacional privado na Universidade de Zurich — *Eine offizielle Heimstätte für das Peregrinenrecht der modern Welt* — escrevemos a nossa *Cosmopolis do Direito*. [15]

E alli passámos em revista os largos passos já vencidos pela propaganda universalista do direito.

Primeiro — as publicações internacionaes de jurisprudencia. E' o *Comité de législation étrangère* recolhendo á sua bibliotheca, desde 1876, collecções officiaes de leis extrangeiras para serem publicadas em uma lingua universal. E' a *Société de législation comparée* fazendo intelligente divulgação das novas leis dos povos cultos. São os *Annales of the American Academy of political and social science* pondo na lingua ingleza, que ha de vir a ser a lingua universal, as constituições da França, da Prussia, da Italia, da Columbia, do Mexico. A Allemanha trata de fazer compilações do direito extrangeiro, como a das leis cambiaes, de O. Borchardt, das leis sobre patentes de invenção, de Garcis, e das obras scientificas sobre direito criminal, e a Belgica tambem manda compilar o direito de todos os paizes sobre o casamento, para dar aos seus representantes nos estados extrangeiros base segura na solução dos conflictos entre os diversos estatutos sobre tão importante assumpto da vida civil.

---

[15] Na *Rev. da Faculdade de Direito de S. Paulo*, 3º vol., 1895, pag. 143.

Depois, o accordo a que, em 1890, chegaram varios estados para a traducção e publicação commum das leis sobre tarifas aduaneiras. Nessa convenção, com o seu *bureau* em Bruxellas, entraram a Republica Argentina, Austria-Hungria, Belgica, Bolivia, Chile, Congo, Costa Rica, Dinamarca, Hespanha, Estados Unidos, França, Inglaterra. India Ingleza, Canadá, colonias Westaustralianas, Cabo da Boa Esperança, Natal, Nova Galles do Sul, Terra Nova, Australia do Norte, Tasmania, Nova Fundland, Victoria, Grecia, Guatemala, Haiti, Italia, Mexico, Nicaragua, Paraguay, os Paizes Baixos, Perú, Portugal, Romania, Russia, S. Salvador, Sião, Suissa, Turquia, Uruguay, Venezuela e... até a China... menos o Brasil, então embebido nas delicias da dictadura militar.

E tendo alludido a precedentes tentativas para a cosmopolisação do direito — á de 1885, pela qual o *Institut de Droit Internacional* fazia votos para que se obrigassem os governos a fazer reciproca communicação das leis em vigor e das que se publicassem relativas aos assumptos que eram então indicados, comprehensivos da maior parte da legislação civil, commercial, criminal, administrativa e internacional — á convenção internacional de 15 de março de 1886 para a creação de um *bureau* encarregado do serviço das trocas, entre os Estados convencionarios, dos documentos officiaes, parlamentares e administivos e obras publicadas por ordem e conta dos governos — á de 1892, em Genebra, pela qual o *Instituto,* sobre exposição de Martens, adoptou unanimemente dois largos e bem elaborados projectos: o 1º ácerca da *União internacional para a publicação dos tratados,* o 2º contendo o *regulamento para a respectiva execução* — á de 1895 em Haya — mostrámos como a politica da unificação do direito nacional se ia transfundindo na outra muito mais larga e prolifica da universalisação do direito.

13. Esta é a feliz aspiração dos mais cultos povos. A phrase de Montesquieu — que *l'uniformité est un genre de perfection qui saisit quelque fois les grands esprits, mais frappe infailliblement les petits* — está hoje invertida. E' antes aos espiritos fortes e esclarecidos que mais nitidamente se mostra a larga bandeira da religião social do futuro. Thibaut está definitivamente rechassando Savigny. As mo-

dernas codificações guardam entre si tão estreitas affinidades, que a velha theoria estatutaria vae já perdendo grande porção de seus principios e vendo pouco a pouco se apagarem os ciosos ensejos de applicação pratica. Quantos institutos já se identificaram na vida juridica internacional! Pois não são quasi uniformes as regras sobre o estado civil, sobre transacções mercantis, sobre a fallencia, sobre bancos, correios e telegraphos, pessoas juridicas, servidões, emphyteuse, accessão, posse, prescripção, caminhos de ferro, domicilio, sobre nullidades, interpretação, effeitos e prova dos actos juridicos, sobre sociedades, novação, mutuo, commodato, credito real, actos da vida civil, garantias possessorias e da propriedade, e muitas e muitissimas outras? Pois esta harmonia entre a vida juridica de cada povo não está indicando possibilidade de chegarmos á perfeita harmonia da vida juridica universal?

Havemos de lá chegar. A' soberania autonomica de cada povo se haverá de substituir, como disse von Tienhoven, a soberania universal da justiça, que é a formula pratica do direito. Destros são os argonautas desta bem inspirada expedição, que contemporaneamente leva a todas as partes do mundo os productos de tão promissora cultura scientifica. Jitta, Novicow, Roussel, Gianturco, Yseux, Endemann, Dubarle, e mais outros, lá se vão a vencer fronteiras, que só o espirito de um convencionalismo atrazado ainda mantem entre os povos, todos irmãos na lei do supremo architecto do universo. Hão de as derrubar. A lei da sympathia universal ha de trazer a unificação juridica dos povos tão necessariamente como fatal é a lei physica da attracção ou gravidade dos corpos. O centro do systema moral está na norma juridica.

Verdade ineluctavel. O proprio George Fazy, vigoroso propagandista da multiplicidade legislativa, fecha o seu opusculo *La centralisation et l'unification du droit en Suisse* com estas palavras: «*l'unification du droit ne sera pas chez nous la victoire du droit germanique sur le droit romand, mais le triomphe de la verité et de la justice*».

E a verdade e a justiça não serão universalisaveis?

11. A verdade é que já se desenham no horisonte varias linhas praticas desta cosmopolisação abençoada.

Assim é que a 4 de setembro de 1895 o ministro dos negocios extrangeiros de França, Mr. Hanotaux, abriu a Conferencia Geral do metro annunciando adhesão de novos paizes, alguns dos quaes mais longe pareciam estar de tão eloquente approximação universal, como o Japão e Tunis; e mais admiravelmente ainda, a promessa, por parte da commissão da Camara dos Communs da Inglaterra, de que a patria da jarda dentro em poucos annos substituiria pelo metro a tradicional medida ingleza.

Ouçamos mais uma vez o illustre ministro, ao se referir a tão prolifica promessa:

« Esta ultima noção, disse elle, é daquellas que de logo attrahem a attenção do publico. Elle comprehende vagamente que a circumstancia que põe em presença perante vós as duas medidas, typos, de que se póde hoje dizer que occupam o mundo, marca a hora de um desses combates da civilisação, em que a theoria e a pratica se encontram e procuram o exito de seus debates na harmonia e na concordia dos factos combinados pela razão superior de uma formula scientifica.

« Tal é o alcance philosophico de nossos trabalhos. No espectaculo agitado da vida quotidiana, a perseverança com a qual trabalhaes para o vosso fim e os resultados obtidos, nos dão uma lição grande e fortificante, a saber: que o genio humano póde, na obscuridade das leis naturaes, desembaraçar certos dados immutaveis e inscrever no grande livro do progresso soluções definitivas. »

Pois bem: si uma só deve ser a medida da extensão physica do mundo, que impossibilidade obstará que tambem universal seja a medida moral dos povos, qual é o direito?

Nove dias depois, o Congresso Internacional da Imprensa se reunia em Bordeaux, e inscrevia em seu programma, que se unindo internacionalmente as associações da imprensa, promovessem a execução reciproca da defesa da propriedade litteraria em materia de imprensa e de propriedade das mutuas informações, o estabelecimento de tarifas aduaneiras, e o ensino profissional. Então, repetindo a phrase de Godefroy Cavaignac na Camara dos Deputados franceza, em 1883 — que *a imprensa só por si e em si representa a sagrada hostia da communhão dos povos*

— tirámos daquelle Congresso mais uma força para a propaganda da cosmopolisação do direito.

E que dizer do caracter universalista da *União internacional de Direito penal*, sociedade que, formada por mais de 600 membros pertencentes a diversos paízes, com concepções differentes, tem por fim, no dizer de Dorado Montero (*Annales de l'Institut internacional de Sociologie*, 1899, p. 326), recolher e agrupar os esforços de todos para combater a delinquencia *em tanto quanto phenomeno internacional?*

Eis aqui como abrem os seus estatutos:

« *L'Union adopte comme base fondamentale de ses travaux les données suivantes:*

« *1.º La mission du droit pénal est la lutte contre la criminalité* CONSIDERÉE EN TANT QUE PHÉNOMÈNE SOCIAL. »

Mas si assim é, e incontrastavelmente o é porque o crime é um phenomeno scientifico, é um dos capitulos da pathologia social, isto é, humana ou sociologica, por que não se extenderá aquella caracterisação de internacionalidade, o que quer dizer, de universalidade, a todos os phenomenos da ordem juridica? Duvidar de que assim ha de vir a ser equivaleria á affirmação de que o direito não constitue sciencia. Si não ha duas physiologias nem duas pathologias, porque haverá dous direitos?

13. Agora, e para concluir o programma das nossas idéas e aspirações, na religião do direito, transcrevamos o final daquelle artigo:

« E si á unidade internacional do metro e da imprensa vier se juntar a unidade internacional das tarifas aduaneiras; mais a permuta internacional dos documentos a que se referiu a Convenção de 15 de Março de 1886, isto é, as publicações de que os Estados convencionarios se obrigaram a fazer reciproca communicação, e são: os documentos officiaes, parlamentares e administrativos publicados no logar de origem e os trabalhos executados por ordem e conta dos governos; e mais decisivamente ainda sobre a solução do problema que nos occupa — a communicação official internacional dos codigos, leis e regulamentos concernentes ao direito civil, commercial e penal e respectivos processos, á organisação judiciaria, ao direito administrativo e publico interno, aos tratados,

convenções e ajustes internacionaes sobre relações de direito civil ou de interesse economico, abstracção feita só das relações puramente politicas — não parece certo, ou pelo menos provavel, que no futuro o genero humano formará um só Estado comprehensivo de todas as nações, e no qual um direito unico, na phrase de Bluntschli, terá substituido a força, e os debates judiciarios as sangrentas lutas dos campos de batalha? [16]

E si é certo que, como diz o Dr. Meili, só mediante o conhecimento universal das leis podem ser solvidos os conflictos de direitos, determinados pela separação dos homens por diversos Estados; si é aspiração commum o estabelecimento de um archivo onde o diplomata, o legislador, o juiz e o advogado, isto é, os mais activos operarios do direito, encontrem o texto authentico das leis do Estado, e assim *legum custodiam habeantur*; si é para lamentar a falta da publicação de todas as leis extrangeiras traduzidas, chronologica e systematicamente, em uma lingua universal — por que não haveremos de ser logicos, e concluir que melhor seria haver um direito só? Pois o ideal não deve ser antes a impossibilidade dos conflictos pela suppressão da disparidade das leis, em logar de os alimentar tanto mais multiplicados quanto mais se facilitar a respectiva solução? Por que recuar diante do actual phenomeno politico, que dando a Pradier razão contra Pascoal Fiore, nos está convencendo a todos da futura assimilação dos povos na communhão scientifica e economica universal? Por que nos limitarmos a preconisar Story, que apenas julga possivel a universalisação de alguns principios juridicos, como os superiores de moral e justiça, os da legitima defesa, propriedade litteraria, commercio e outros, mas não applaudir Tienhoven quando, na ultima conferencia internacional de Haya, dizia que, menos do que a soberania do direito, vale a soberania das nações?

Si já se estreitam, pelos laços do direito internacional publico, tantos grupos de variedade ethnica accentuada, que força invencivel obstará que um só

---

[16] Vj. Laurent, *Dr. civ. intern*, 1º vol., pag. 13.

direito aperte, como integração de um organismo somatico e psychico, todas as sociedades? A união faz a força; unam-se todos os povos no direito, porque este é a força de todas as forças. Si a biologia nos ensina, que a unidade da circulação vital é o que constitue o individuo, por que não nos ensinará a sociologia que a unidade do direito, essa circulação moral dos povos, é o que constitue a humanidade?

Leiamos Novicow: [17]

« Em resumo, a tribu e o estado são phases preparatorias — a nacionalidade é o organismo social chegado á consciencia e á maioridade completas.

Nenhum progresso ulterior da associação humana é possivel antes que ella se tenha formado. A raça é uma concepção biologica mais do que sociologica, analoga á familia. O grupo de civilisação é uma sociedade de sociedades. Os que existem sobre a terra não possuem até hoje systema nervoso completo; são organismos em via de formação. Sua constituição definitiva não será possivel sinão quando as nacionalidades componentes tiverem realisado completamente sua unidade politica, e se houver formado um orgão central, que em toda parte imporá a propria vontade.

Pois bem: no futuro, que esta febril contemporanea renovação social vae a largos passos encurtando, não haverá grupos de civilisação, mas a civilisação humana; e com a unidade politica virá a universalisação legislativa, e o mundo inteiro se chamará a *Cosmopolis do Direito* ».

16. Daqui mais facilmente chegaremos á solução das questões escolhidas. Todas ellas se prendem á idéa da unidade, que defendemos como especifico virtualmente capaz de manter a vida da Republica. Si nos batemos pela circulação universal da norma juridica, visto está que somos:

I — pela unidade da soberania nacional;

II — pela unidade do direito na substancia e no processo;

III — pela unidade da justiça brasileira;

---

[17] *La Polit. intern*, pag. 136.

IV — pela identidade dos direitos do nacional e do extrangeiro.

Em justificar estas theses vae consistir todo o nosso esforço.

CAPITULO II

Unidade da Soberania

17. « *Di molte controversie può dirsi che furono create con parole e concetti artificiosi, e che il miglior modo di risolverle sta nel ridurle a elementi semplici e, dirò cosi, impicciolirle straordinariamente* », disse Cogliolo em seu profundo tratado sobre a *Coisa Julgada*, talvez inapercebidamente reproduzindo o sabio Toullier: « *La manière de poser une question est ordinairement un des plus sûrs moyens d'en trouver la solution* ». Os dous conceitos de todo se equivalem.

Pergunta o *Instituto* — si é admissivel, em face dos principios, a doutrina de uma soberania dividida entre o Estado Federal (União) e os Estados Federados (membros daquella) ?

Assim posta a questão, a resposta deveria ser tão seguramente negativa que só por si tornaria inconcebivel qualquer duvida na propria pergunta. Entretanto, duvida deve haver : aliás, que significação teria a pergunta ?

O que nos parece é que a questão é esta :

— Nos estados federativos, são por igual soberanos a União e os Estados Federados ?

Si, na fórma da questão proposta, a soberania é *uma*, não pode absolutamente estar dividida entre a União e os Estados precisamente porque, conforme o presupposto, ella é *uma*. Mas, si a duvida vem, como é de crêr, dos dous principios extremados, que nos Estados Unidos do Norte atearam a guerra chamada da *secessão*, ou mais portuguezmente fallando — do *secesso*, a saber : si a federação é meramente livre associação de Estados, puro pacto convencional, de modo que qualquer dos respectivos membros possa arbitrariamente della se desaggregar, e em cujos termos cada

qual delles reservou porção maior de soberania do que a parte que cedeu á União, ou si, ao contrario, é nesta que exclusivamente se concentra o supremo poder ou soberania nacional — então, repetimos, a questão deve ser esta, e mais resumidamente:

— Nos estados federativos, os Estados são soberanos?

Eis ahi por que começámos invocando aquella admoestação de Toullier e Cogliolo. Na especifica determinação dos termos de qualquer questão está o mais seguro meio de a resolver.

Portanto, sem nos atermos litteralmente á pergunta, pois se nos afigura inconcebivel *uma* soberania *dividida*, vamos ver si é admissivel, em face dos principios, a doutrina da dupla soberania nos Estados federativos; ou por outra, e nas expressões de Alexandre Johnston, si, dada a União Federal, *the states are still individually sovereign*; e porque a idéa de soberania implica com a de obediencia, si *their citizens owe a primary allegiance and obedience to the federal government because their state remains a member of the Union*; si a União *is a voluntary confederacy, not a nation*; finalmente, si *the right of secession must be admitted as a matter of course.* [18] E porque a União Federal não póde deixar de ser tambem sociedade politica soberana, representação ou synthese politica da nação, si esta soberania é compatível, segundo os principios,, com a soberania estadual ou os *States Rights*, na expressão de Calhoun e Jefferson.

Eis o problema.

18. Disse Hamiltoh, que em qualquer discussão ha certas verdades primarias de que dependem todos os respectivos argumentos. Sua evidencia, anterior a qualquer raciocinio, exige de certo modo o assentimento da razão: si o não conseguem, é que a discussão foi falseada por algum defeito psychico ou prejuizo moral. Tão evidentes como estes axiomas geometricos: o todo é maior do que cada uma das respectivas partes — duas linhas rectas não circumscrevem espaço — são estes principios de politica: os meios devem ser pro-

---

[18] Vj. *Ciclopædia of polit. science, polit. economy, and of the polit. history of the U. S.*, by Lalor, v.º *Secession*.

porcionados ao fim — todo poder deve seguir a razão do seu objecto. [19]

Ha effectivamente em politica verdades assim incontestaveis; e é precisamente por esta razão que ella constitue uma sciencia, tão verdadeiramente quanto a mechanica racional, a chimica, a zoologia, a botanica... Si a mechanica racional, tratando da natureza das forças e de sua acção nos corpos, ou directamente ou por meio de agentes industriaes, fixou as leis do movimento e do equilibrio; si a chimica, estudando os phenomenos de que os corpos são susceptiveis sob a acção das forças naturaes mais geraes, como a vida, o calor, a electricidade, firmou as leis que presidem á composição dos mesmos corpos e ás suas reacções moleculares; si a zoologia e a botanica, observando os animaes e as plantas, classificou-os em generos e especies physiologica e morphologicamente discriminaveis, tambem a politica — consultando a natureza das forças sociologicas em sua cultura progressiva e a respectiva influencia na civilisação, quer expontaneamente, pelos costumes, pelas lettras, pelas artes, quer artificialmente pelo direito escripto — pedindo conselho ás multiplas modificações moraes e physicas operadas no homem consoante a acção excito-motora, como diria Maudsley, de todos os phenomenos sociaes demonstrados pela anthropologia, pela linguistica, pela philologia, pela infinita variabilidade das manifestações psychico-humanas — ponderando os individuos segundo as relativas idiosyncrásis, typicas, physio e pathologicamente apreciadas — tambem a politica — como a mechanica racional, assigna as leis do movimento nacional e as do equilibrio interestadoal e internacional — como a chimica, firma as regras directoras das composições e reacções sociaes — como a zoologia e a botanica, prescreve o criterio da classificação social dos individuos, quaes outros tantos factores e productos harmonicos do progresso universal.

10. Ora, no estudo da these que nos está prendendo a attenção, encontramos apophthégmas de sociologia, tão insusceptiveis de controversia quanto qualquer verdade primaria das sciencias positivas; e

---

[19] *The Federalist*, n. 13.

assim como não é possivel o completo estudo de qualquer nação sem previo conhecimento da sua ethnogenia, tambem no tracto de qualquer these politica é imprescindivel partir de uma ou mais verdades primarias que, tanto quanto os factos ethnogenicos, sejam inexpugnavelmente incontroversos.

A primeira destas verdades, inicial capitulo da ontologia social, tem por equivalente a mais indissoluvel unidade, ao mesmo tempo ideologica e material; a saber: que a noção de Estado importa necessarlamente a idéa de relação permanente entre certo numero de homens (*nação*) e determinada porção de territorio (*paiz*). Povo e territorio: eis os elementos anatomicos do Estado; cooperação de esforços ou *laço commum moral* (*Zusammengehörigkeit*, na expressão de Bluntschli) entre todas as forças activas do povo e dominio (*Eigenthum*) sobre o territorio: eis os seus elementos physiologicos [20]

Mas lançar os olhos sobre o assumpto, o mesmo é que desde logo vêr, naquella dupla relação de elementos physicos e elementos politicos, a idéa de unidade. Bem como qualquer desmembramento territorial de um paiz deixa de ser desse paiz para constituir outro, ou a outro se annexar, assim tambem o conceito desta ou daquella nação seria paradoxal si a figurassemos simultaneamente aqui e alli. A celebre phrase, por alguns attribuida a Madison: — *Not New-York, not Virginia, not Massachusetts, but the United States of America* — exprime bem a idéa da unidade politica. Imaginae isoladamente a Inglaterra, a Escossia e a Irlanda, e tereis riscado do mappa o Reino da Grã Bretanha. Que farieis do Brasil si não visseis sinão o Amazonas, S. Paulo, Rio Grande do Sul, Pará, Minas? Desaggregae as partes de um todo e o vereis desapparecer. Si cada um dos Estados da nossa Republica se apartasse da União, que seria feito da Nação Brazileira? Haveria a Nação Paulista, a Nação Mineira, a Nação Bahiana, mas aquella se teria dissolvido. E' precisamente nesta travação serial dos Estados, que geographicamente existe o Brazil; é na affinidade moral que entre si idealmente os encadeia, que a

---

[20] Bluntschli, *Theor génér. de l'Etat. liv.*, I *c. I*; Lastarria, *Lec. de Polit. posit.*, lic. 6º; Nowicow, *Polit. intern.*, cap. VI

Nação Brazileira vive ainda. Abstrahi da idéa de connexidade, e impossivel será a concepção de qualquer corpo, concreto ou abstracto, ideal ou physico, methaphysico ou historico.

Portanto, a unidade politica de todos os Estados, está para a existencia da Republica na mesma relação em que, na ordem physica, está a existencia de um principio de causalidade para a dos phenomenos que lhe possam ser attribuidos. O proprio Proudhon, talvez o mais desassombrado apologista da absoluta soberania dos Estados federativos, lá se deixou prender nas malhas da verdade inevitavel.—Cousa admiravel! exclama elle. A zoologia, a economia politica e a politica convergem no dizer: a zoologia, que o animal mais perfeito é aquelle cujas faculdades e membros forem melhor coordenados; a economia politica, que o paiz mais productor é aquelle onde as industrias melhor se garantirem umas pelas outras e mais regular fôr a circulação das riquezas; a politica, que o melhor governo é aquelle em que as autoridades locaes forem melhor servidas pela autoridade central.[21]

Eis ahi: coordenação physiologica, mutualidade economica, endentação politica—outras tantas causas da sadia actividade animal, da farta producção economica, da realidade nacional. Desprendei por inteiro qualquer orgão do systema anatomo-physiologico, a morte vos dirá qual foi a consequencia; abri guerra entre as industrias de um paiz ou lhe desordenae a vida circulatoria economica, e a miseria vos desenganará de vez; tolerae que o Rio Grande do Sul, que o Amazonas, que S. Paulo se desarticulem da soberania nacional, e vereis desapparecer o Brazil.

20. Da soberania nacional—acabámos de escrever. Propositalmente o fizemos. Si a idéa de nação envolve necessariamente a de povo unido, pois que aquella é a resultante da cohesão politica de um povo dado, a idéa de estado necessariamente presuppõe a de soberania una, que é o seu proprio modo de ser politico. O estado é a personificação de um povo; e como este se personifica em virtude de poder proprio, a expressão politica deste mesmo poder é o que se chama *sobe-*

---

[21] P.— J. Proudhon, *Du princ. fédératif*, Paris, 1868, pag. 82.

rania. « *The power of the people in its highest dignity and greatest force is sovereignty* » — tal é a locução americana.

21. Mas, qualquer que seja o sentido em que se tome este vocabulo — ou no de Bodin — *poder absoluto e perpetuo de uma republica*[22]; ou no de Benjamin Constant — *a supremacia da vontade geral sobre a particular*[23]; ou no de Cooley — *o supremo, absoluto e livre poder pelo qual qualquer Estado independente é governado*[24]; ou no de Dubs — *o direito de livre determinacão politica*[25]; ou finalmente, e melhor que todos, no de Lastarria — *o poder de constituir e organisar o Estado, para que represente o direito e exerça a autoridade que neste se funda*, [26] uma idéa nelle se contém tão obrigatoriamente quanto a de ligação de idéas na logica ou a de progressão na theoria dos logarithmos; e é que a soberania nacional, ou como tambem chamam, a soberania popular, só póde ser representada no poder nacional e exercida por intermedio de orgãos legaes synthetisados na autoridade social. Nos Estados, cuja fórma de governo é o regimen representativo, esta synthese não menos se evidencia mediante o systema dos eleitores e dos elegiveis, que são as forças politicamente activas da collectividade nacional.

Em uma só idéa: a noção de soberania está para a concepção do Estado assim como a de vida para a de qualquer organismo animal. Só ha vida onde ha organisação, pois que a vida não é sinão o modo da actividade da materia organisada. Abstrahi, no conceito da formação do Estado, da idéa de organisação ou integridade politica, e terá desapparecido a possibilidade de figurar a existencia de qualquer Estado.

Assim, em principio, a idéa de soberania importa a de unidade. Duas soberanias em um só Estado seria tão absurdo quanto duas vidas independentes em um só animal.

---

[22] Lalor's *Cyclopædia*, v.º *Sovereignty*, 1.ª col.

[23] *Cours de Polit. constit.*, pag. 7.

[24] *Gener. Princ. of Const. Law.*, 2.ª ed. p. 16.

[25] *Le Dr. Publ. de la Conf. suisse*, 2.ª parte. p. 36.

[26] Obr. cit., trad. de Rivière, pag. 280.

22. Tambem foi propositalmeute que dissemos *em principio*. A vida é uma e indivisivel em cada ser organisado — eis um principio de biologia; mas, si a vida, modo da actividade organica, está ao mesmo tempo integralmente em cada parte do corpo, a exteriorisação da actividade vital varia segundo fôr esta ou aquella a parte posta em movimento apparente.

Assim com a soberania. Uma em principio, pois que é a causa originaria da existencia nacional, está simultaneamente em cada porção do Estado; mas as manifestações externas da sua actividade organica podem variar consoante os preceitos da lei constitucional do Estado.

E assim como a actividade cerebral, a actividade pulmonar, a actividade cardiaca, a actividade renal, a actividade hepatica, tem cada qual funcções e manifestações especificas, mas todas se systematisam na producção e manifestação integral da vida, assim tambem no Estado cada qual de seus orgãos póde ter actividade propria e independente, mas concorrentes todas ellas no phenomeno politico da existencia nacional.

A linha discriminativa destas duas idéas, a biologica e a politica, a vida organica e a soberania popular, fica accentuada nesta unica consideração radical: a vida, por ser modo de actividade natural, é necessariamente imposta; o Estado, porque é organisação humana, é voluntariamente acceito.

Sim. Seja qual fôr a melhor doutrina sobre o principio da soberania do povo ou sobre a origem politica do Estado — seja a de Rousseau, que afinal não é mais do que a resultante da combinação dos principios desenvolvidos, como diz Stahl, pelos doutores do direito natural, taes como Grotius e Hobbes, pelos defensores do direito de insurreição, como Languet, Buchanan e Milton, e finalmente pelos que juram no credo dos primeiros e dos segundos, taes como Sydney e Locke, ou seja isoladamente a de cada qual dessas e outras debatidas escolas philosophicas; seja ou não certo que o estado social exprime plena independencia — *perfet freedom*, na phrase de Sydney [27] — dos primeiros prin-

---

[27] *Discourses of government*, cap. 2 sect. 1ª, *apud* Stahl, *Hist. de la Phil. du Dr.*, p. 271.

cipios do impropriamente chamado direito natural, o que é certo, é que a fórma accidental da organisação politica deste ou daquelle Estado é producto livre e deliberado da soberania social do povo ou vontade popular. O instincto (como se costuma dizer) da sociabilidade será um facto moral e psychico de necessidade ingenita; mas o que ninguem constestará é ser livre a'este ou áquelle povo crear, o que é o mesmo que dizer — pactuar, a fórma do respectivo governo.

Será porventura mero conjuncto de palavras o que solemnemente se escreveu no cabeçalho da Constituição Federal: *Nós, os representantes do povo brazileiro, reunidos em Congresso Constituinte para organisar um regimen livre e democratico,* ESTABELECEMOS, DECRETAMOS E PROMULGAMOS *a seguinte Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brazil?* Por acaso divagavam os creadores da Republica Americana do Norte quando assim rubricavam a sua lei constitucional: *We the People of the United States...* DO ORDAIN AND ESTABLISH *this Constitution for the United States of America?* Não: ha alli a expressão formal de uma resolução livre. E' o povo, é a nação construindo a propria existencia politica.

Por outro lado, que significação acharemos na formula preambular das Constituições estadoaes? Pois escreveriamos isto: «*Nós, representantes do povo paulista, adoptamos, decretamos e promulgamos a presente Constituição e declaramos de ora em diante* AUTONOMO E SOBERANO *o Estado de S. Paulo, como parte integrante dos Estados Unidos do Brasil*» para significar idéa diversa da que naturalmente decorre das proprias palavras empregadas? Que póde traduzir o exordio, por exemplo, da Constituição da provincia de Entre Rios: «*Nos, los Representantes de la Provincia de Entre Rios, reunidos en Convencion Constituyente, en nombre de Dios y del Pueblo, y* EN EJERCICIO DE SU SOBERANIA NO DELEGADA ESPRESAMENTE POR LA CONSTITUCION FEDERAL A LAS AUTORIDADES DE LA CONFEDERACION ARGENTINA HEMOS ACORDADO E SANCIONADO *la siguiente Constitucion de la Provincia?*»

23. Tudo isto quer dizer que, adoptada a republica federativa, os Estados *se associaram* na fórma das constituições adoptadas.

Nem outra cousa significa a *federação*, desde a sua raiz, do latim *fœdus, fœderis*, ajuste, pacto, alliança.

— FÉDÉRATIF, VE, adj., se dit de l'union, de l'alliance de plusieurs *E'tats ou Puissances politiques*, consacrées par des traités ou des constitutions qui lient plus ou moins leurs intérêts ensemble. [28]

— FEDERAL GOVERNMENT (lat. *fœderatus*, bound by treaty, from *fœdus*, a treaty). Wen several States, *otherwise independent*, bind themselves together by a treaty, so as to present to *the external world the aspect of a single State, without wholly renouncing their individual powers of internal self-government*, they are said to form a Federation. [29]

— A independencia na associação — eis como o autor do *Home Rule irlandez* define o regimen federativo. [30]

« La fédération est un système par le quel les divers groupes humains, sans perdre leur autonomie en ce qui leur est propre, particulier, *s'associent* et se subordonnent conjointement à ceux de leur espèce pour toutes les fins qui leur sont communes. »

« La fédération, le *pacte* est le système qui s'accommode le plus à la raison et à la nature — » eis como, no sentido mais extenso da palavra *federação*, se exprime Pi y Margall. [31]

— A federação, dizia Rossi, no relatorio sobre o *Projecto do Acto Federal para a Suissa*, é um estado intermediario entre a independencia absoluta de varias individualidades politicas e sua completa fusão em uma só soberania.» [32]

— A base essencial do federalismo, disse o grande Stuart Mill em seu *Governo representativo*, é a associação estreitada pela fraternidade.

Bem conhecida é a definição que Proudhon nos dá do que seja a federação [33], e nella se contém o germen

---

[28] Dicc. de l'Acad. Franc. 1825, v. *Fédératif.*

[29] *Chambers' Encyclopædia*. London, 1868, vb. *Federal government.*

[30] *Autonomie et Fédération — Home Rule Irlandais* — trad. do ingl. por Gerchel — Paris, 1889, pag. 21.

[31] *Les Nationalités*, trad. do hesp. por L. X. Richard, Paris, 1879 pag. 67.

[32] *Apud* Barraquero, *Espirit. y Pract. de la Const. Argentina*. Buenos Ayres, 1889, pag. 141.

[33] *Un contrat synallagmatique et commutatif, pour un ou plusieurs objets determinés, mais dont la condition essentielle est que les contractants se réservent toujours une part de souveraineté et d'action plus grande que celle qu'ils abandonnent* — obr. cit., pag. 52.

da disposição do art. 2º da Constituição Paulista: «Como Estado autonomo, exerce todcs os direitos que não são, pela constituição da Republica, exclusiva e expressamente delegados aos poderes federaes.» E' reproducção do art. 3º da Const. federal suissa.

24. Nem se pretenda que nesta feição organisadora do Estado se retrata, não a *federação*, mas a *confederação*. Si de facto é costume distinguir esta daquella justamente pela independencia que entre si guardam os Estados confederados, antes nações unidas do que estados associados em uma só nacionalidade, tambem é certo que tal distincção carece absolutamente de importancia ou razão de ser, quando se encara o assumpto do ponto em que ora estamos collocados.

Em primeiro logar, porque quer uma quer outra forma de governo exprimem a mesma idéa de *associação*.

O citado Barraquero, acceitando a distincção que em geral os escriptores de philosophia politica fazem entre a federação pura, que «es una alianza eventual de poderes independientes, que excluye la idea de un gobierno general y común, de una sola nacionalidad constituida para todos los aliados ó confederados», e a mixta que «es una convención por la cual muchos cuerpos politicos *consienten* en formar parte de un Estado más grande que entre todos constituyen»; depois de synthetisar aquelles conceitos, dizendo que a primeira é antes uma alliança que uma união de Estados, pois estes conservam sua independencia interna e *externa*, ao passo que pela federação mixta os Estados federados *delegam* em um governo geral e commum as funcções que necessarias sejam para constituir a nacionalidade, dá a seguinte lição:

« El federalismo surge siempre, ó bien de una unión de Estados independientes que se unen buscando mayor fuerza, mayores garantias de respetabilidad, ó de la segregación de una nacionalidad en partes que manteniéndose independientes hasta cierto limite constituyen una union federada Ejemplo de lo primero es la Union Americana; de lo segondo, la Federación Argentina. En el primer tipo de federación es importante saber hasta donde llega la unión; en el segundo hasta donde llega su descentralización ó segregación relativa ó limitada » [34].

[34] Obr. e log. cit. na not. 32.

Dubs expresssamente reconhece o caracter de *associação* em qualquer das tres formas: 1ª, liga de Estados; 2ª, confederação de Estados; 3ª, Estado federativo. « *Il y a sans doute entre elles une parenté: elles ont les unes et les autres le caractère d'associations politiques* ».

Em segundo logar, aquella discriminação em cousa alguma influe na these que estamos explanando; quero dizer — é indifferente a questão de saber si nas republicas federativas são ou não simultaneamente e por igual soberanos a União e os Estados federados. E assim é porque, como pondera Snell, a distincção que effectivamente ha entre a Confederação de Estados e o Estado federativo não é a noção de um poder central, que ordinariamente por erro se tem como inherente só á ultima de taes fórmas de Estados, quando aliás a Confederação de Estados não póde tão pouco subsistir sem um poder central; o que distingue essas fórmas é a extensão dada a esse poder em cada uma dellas. Na primeira, « o fim essencial da associação é puramente exterior (segurança da liberdade exterior, ou, o que dá no mesmo, independencia nas relações internacionaes); desde então, os direitos do poder central ficam limitados a esse fim. O Estado federativo tem objecto mais extenso; partindo da idéa mesma de um Estado, nelle inclue varios pontos essenciaes da politica interna, taes como *a fixação do direito* e o desenvolvimento da cultura geral, o que importa certa extensão das attribuições do poder central federal » [35].

Mesmo esta lição, que vem referida no citado Dubs, si para o illustre juiz federal suisso é no fundo verdadeira, não constitue *differença especifica — é uma questão de mais ou de menos*. E elle mesmo transcreve e louva estas palavras do Dr. Kaiser em seu *Droit public suisse*: «Em meu parecer, esta distincção entre estado federativo e Confederação de Estados é toda abstracta: della não se tira nenhum resultado para o direito positivo». [36]

De resto já não ha exemplar algum de verdadeira e pura confederação de Estados.

---

[35] Snell, *Man. du Dr. polit. suisse, apud*, Dubs. Obr. cit., pag. 7.

[36] Obr. cit., pag. 12.

23. Approxima-se a conclusão. Si o Estado federativo é resultante da associação de Estados, que por meio de uma constituição commum decretam as normas de sua co-existencia politica; si a soberania nacional é o titulo juridico deste intrumento formal do *modus vivendi* da União e dos Estados — perguntar si a União e os Estados são por igual soberanos, equivale a inquirir si é ou não soberano o proprio Estado federativo.

Não pareça, entretanto, que somos do parecer dos que sustentam a existencia de dupla soberania — a federal e a estadoal; e muito menos dos que pretendem que a soberania dos Estados federados está restringida pelas funcções reservadas á União. Nem a theoria de Dubs, nem a de Tocqueville, nem a de Ottiwell e Cunningham, nem a de Jefferson são rigorosamente verdadeiras. Já o dissemos: a soberania é uma e indivisivel; mas precisamente por ser uma e indivisivel é que está integralmente na União e nos Estados. Não póde estar exclusivamente na União, porque então os membros componentes da União não seriam Estados, pois tão inconcebivel é a idéa de Estado, posto que federado, sem soberania, quanto a de qualquer corpo organisado em acção sem vida. Não póde ser attributo exclusivo dos Estados, porque, si o fosse, não existiria justamente aquillo que constitue a União federativa.

Mas está integralmente na União e nos Estados, e está porque, sendo a federação uma alliança de Estados *na fórma da respectiva carta constitucional*, producto da vontade popular, o que quer dizer de todos os Estados, a especificação das funcções federaes e estadoaes outra cousa não traduz sinão aquella mesma vontade livre e soberana.

Assim, si aos Estados não é licito, por exemplo, decretar impostos sobre a importação extrangeira ou instituir bancos emissores, não é porque não sejam elles soberanos; não — a verdade é que taes disposições da Constituição federal foram dictadas e resolvidas pelos proprios Estados, que o não poderiam fazer si não fossem soberanos. E' a propria vontade popular que assim decretou. E si essas ou outras quaesquer funcções ou attribuições ficaram no quadro da competencia politica da União, e outras no da competencia dos Estados, tudo não é mais do que o proprio conteúdo no pacto federativo.

A doutrina dos defensores absolutos dos *States Rights* é defeituosa em que, proclamando a verdade de que a constituição federal é a expressão de um contracto entre Estados soberanos, chega a concluir, que, sendo o governo federal uma creação dos Estados, não podem os respectivos orgãos pretender autoridade alguma sobre elles, e, como consequencia, que «os Estados é que podem annullar as leis federaes, quando as julgarem oppostas á Constituição e separar-se da União, quando entenderem conveniente, isto é, têm o direito de nullificação e o de secessão». [37]

Os Estados não teem taes pretendidos direitos. Não teem o primeiro, porque, pela propria Constituição federal, só o poder legislativo nacional faz e desfaz a lei geral. Só o que é licito, entre nós, ao poder judiciario estadoal, é não applicar á especie em debate a lei que julgar inconstitucional; o que é cousa diversa do que annullar a lei em these. Essa mesma faculdade está sujeita á censura do Supremo Tribunal Federal, que póde reformar a decisão judiciaria estadoal, mantendo a força obrigatoria da lei — Const. fed., art. 59 § 1º, let. a.— Não teem o segundo, porque foram elles mesmos que, pelo art. 1º do pacto federal, decretaram a perpetuidade da federação brazileira; e si algum dos Estados pretendesse infringir o proprio pacto, tambem todos elles expressamente outorgaram ao poder federal o direito de intervir para restabelecer a ordem constitucional da Republica, mantendo a fórma federativa — art. 6º, n. 2.

Mas esta perpetuidade repugnará com a soberania?

Na contemporanea evolução do direito civil já se chegou a firmar a these — que o homem é dono de si mesmo, isto é, póde ser sujeito de uma relação cujo paciente seja elle proprio. «En efecto, diz Valerio Campogrande, la voluntad humana no limita su actividad tan sólo á las cosas ó á las demás personas: hay un tercer objeto de esta actividad, el cual es la propria persona, y no existan razones para excluir de la ciencia el estudio de los derechos que surgen de

---

[37] Vj. Reynaldo Porchat, *Posição juridica dos Estados federados perante o Estado federal*. Disert. de Concurso, p. 19.

esta manifestación de la actividad del hombre ». [38] Pois si o *jus se ipsum* póde ser tomado como maxima expressão da liberdade humana, por que se haverá de ter como contraria a direito esta perpetua sujeição dos Estados á forma politica da republica federativa? O que é licito ao homem como individuo, por que o não será á summa dos cidadãos, representada na soberania popular? E porventura o devedor do shakespeareano *Mercador de Veneza* deixou de ser soberano em seu direito porque deu como garantia do contracto a propria carne? Não será antes absurdo achar no contracto, que é a expressão formal da liberdade juridica, o signal negativo desta mesma liberdade?

Tão pouco, como pretendem Cooley e outros que, como o eminente Ruy Barbosa, denominam de *funesta illusão* a soberania dos Estados, é na União que está exclusivamente corporisada a soberania popular, de modo que, no sentimento do citado Cooley, [39] *nunca tiveram os Estados o caracter de soberanos, aliás sempre sujeitos á autoridade federal.* Não; a discriminação constitucional das funcções e direitos federaes e estadoaes não crea predominios nem sujeições; é antes a expressão pratica da soberania nacional em sua integridade abstracta. O proprio Cooley, em outra obra, confessa de plano esta verdade primodial da politica federativa. *The theory of our political system,* diz elle, *is that the sovereignty is in the people, from whom springspall legitimate authority. The people of the Union cleated a national constitucion, and conferred upon it powers of sovereignty over certain subjects, and the peopet of each State created a State government, to exercise the remaining powers of sovereignty so far as thy weredisposed to allow them to be exercised at all.*[40]

E' o que, por mais de uma vez, sustentámos perante o Supremo Tribunal Federal, cujas decisões teem sido

---

[38] V. Campogrande, *Los Derechos su la persona propia*, na *Rev. gen. de legisl. y jurispr.*, Madrid, tom . 83, pag 516.

A lenda da libra de carne que, de seu proprio corpo, Antonio dá em penhor ao Shylock, de Shakespeare, é eloquente exemplar de taes direitos; e de seu significado juridico o genio de Ihering tirou conclusões positivas de varias ordens.

[39] *Gen. Princ.* loc, cit.

[40] *A treat. on the Const. limitations*, Boston, 1890, pag. 39.

reiterada e invariavelmente mantidas nesse sentido, como havemos de ver no Capitulo IV desta *Dissertação*. Assim como, na esphera do direito privado, os contractos, creando obrigações, prendem, por isso mesmo, individualidades livres, assim tambem na ordem politica federativa não desapparece a soberania dos Estados federados porque estes conferiram direitos e funcções, mais ou menos extensas, ao poder federal. Pretender o contrario, seria constestar o proprio Cooley, isto é, negar que é a mesma vontade popular quem institue a União e os Estados.

Portanto, bem podemos repetir a já transcripta locução americana: « O poder do povo em sua mais alta dignidade e maior força é a soberania. » Mas, si esse poder é um só, quer se manifeste no governo federal quer no dos Estados federados; si procede de uma só origem, que é o principio integral da nacionalidade; si tem por objecto manter em toda a Republica a fórma federativa, que é a propria vida politica nacional; si tem por fim o desenvolvimento juridico, economico, moral, intellectual e artistico da nação em sua integridade de povo organisado consoante a propria vontade livre e soberana, admittir que esse mesmo poder ou soberania nacional possa estar dividido entre a União e os Estados, fôra tão absurdo quanto imaginar, contra o proprio presupposto, federação sem Estados ou Estados federados sem federação.

23. Podemos agora concluir. E por mais diversas que sejam as theorias suscitadas pelos publicistas contemporaneos quanto ao principio das nacionalidades, o que se vê, o que a historia consagra, é que estas, emquanto em provavel futuro a universalisação das linguas não as reduz a uma só, [41] entre si se distinguem pela communidade de linguagem, de modo que, como

[41] Chamamos hoje *provavel* o que, na *Universalisação do Direito* (pag. 75) se nos afigurava apenas como *ideal*, isto é, a universalisação das linguas. E cada vez mais se accentua no inglez esta tendencia sociologica para uma lingua universal. Alli vimos que em 1883 fallavam inglez 93 milhões de homens, allemão 58, o francez 42 ½. Pois em 1886, Novicow (*La polit inter.*, pag. 63) já calculava que fallam o inglez mais de cem milhões de homens, assim repartidos: 55 nos Estados Unidos, 35 nas Ilhas-Britannicas, 5 no Canadá e nas Antilhas, 3 na Australia e 2 na Africa. E os que andam espalhados pelo resto do mundo, e em toda parte, em todas as estações, em todas as latitudes?

diz Abel Andrade, as nações se limitam pelas fronteiras linguisticas. [42] Pois bem: si as nacionalidades, como expressão ethnogenica e ethnographica, teem na lingua a sua base organica, as nações, como productos humanos, acham no direito a formula da propria collectividade politica. A unidade intellectual de um povo se revela pela linguagem, accrescenta aquelle notavel professor coimbrense; a unidade politica, dizemos nós, pelo direito.

A unidade effectiva de um reino, diz sir Henry James, depende necessariamente da unidade de suas leis. [43]» «A lingua, disse Schœffle, [44] é a capitalisação symbolica do trabalho intellectual de um povo»; o direito, podemos dizer, é o precipitado da actividade integral de uma nação.

Mas, si na unidade da circulação vital é que biologicamente se constitue o individuo, e na unidade de certa escola a arte deste ou daquelle povo, na unidade de certos conceitos a philosophia desta ou daquella seita, na unidade do estylo e do sentimento esthetico a litteratura desta ou daquella epoca, deste ou daquelle paiz, na unidade das sciencias o cosmos intellectual e na unidade do direito o elemento conservador por excellencia da unidade nacional; si tudo no universo

---

Eis uma nota estatistica de *Cosmos*, no *Jornal do Commercio* de 26 de setembro de 1898, aqui deixada para complememto da alludida nota da nossa *Universalisação*:

« A lingua ingleza é a que contem maior numero de palavras. Na ultima metade deste seculo estas palavras multiplicaram-se com uma rapidez extraordinaria. Os diccionarios mais recentes, como o de Oxford, publicado pelo Dr. Murray, contém nada menos de 250.000 palavras! Seguem-se depois o allemão com 80.000 palavras, italiano com 45.000, o francez com 30.000 e o hespanhol com 20.000.

Das linguas orientaes a mais rica é o arabe. A China serve-se de 10.000 signaes, que formam 40.000 palavras compostas. O Tamil, que se falla no sul da India, tem 67.642 palavras, a lingua turca 22.530, a de Hawai 15.000. Os cafras, segundo Colenso, só teem 8.000 palavras e os naturaes da Nova Galles 2.000.

O numero de individuos que fallam as linguas occidentaes podem ser assim divididos: 1000 milhões qne fallam inglez, 60 milhões que fallam o allemão, 41 milhões o francez 41 milhões o hespanhol, 35 milhões o italiano, etc.»

[42] Abel Andrade, *Princ. das Nacionalidades*, Coimbra, 1893, pag. 23.

[43] Vj. o cit. *Home rule irlandais*, pag. 14

[44] *Apud* Novicow, loc. cit.

assim revela o principio de organisação, desde a visibilidade organica do mundo physico até, em que peze a Leroy-Beaulieu, Bresson, Tarde e outros [45], a irrefutavel theoria organica das sociedades; si na propria theoria evolucionista de Spencer, a transformação do homogeneo em heterogeneo justamente exprime, como diz o sabio mestre, *o progresso organico* [46], pois a serie de transformações por que passa a semente, que dá a arvore, o ovo, donde vem o animal, só revela o principio uniforme de uma origem commum — será porventura concebivel, na organisação politica de uma Republica scientificamente culturada, a divisão, a parcellação, a desorganisação da soberania nacional, que é a sua propria vida?

Não; a soberania, como a vida, não se parcella. E assim como esta está integralmente na correlação organica das cellulas formadoras do corpo humano, posto que desiguaes em sua funcção biologica, assim a soberania do povo vive inteira na União e nos Estados federados, por mais que diversas sejam as respectivas funcções politicas.

Na biologia, dá a lei a natureza, que é o typo da organisação integral; nas republicas federativas, a Constituição, que é *the power of the people in its highest dignity and greatest force.*

---

[45] Não nomeamos o barão Garofalo entre os francos adversarios da *theoria organica das sociedades*, e a despeito de o haver nervosamente feito o illustre Novicow em seu profundo livro *Conscience et Volonté sociales*, escripto em 1896, porque no 4º. Congresso do Instituto Internacional de sociologia, reunido em Paris em julho de 1897, o famoso auctor de *La Criminologie*, em sua communicação *Le Cerveau social & Le Cerveau individuel*, não obstante declarar não ser adepto da *doutrina biologica das sociedades humanas*, confessou todavia *ser possivel cultivar a analogia entre a organisação de um Estado e um organismo vivo.*

Il est vrai, disse elle, *que, dans une société comme dans un animal, il-y-a un jeu perpetuel d'excitations et de mouvements, et il-y-a des centres de sensations et, par suite, de volitions, de determinations et d'actions sociales».*

E si não acceita a theoria novicowiana do *sensorium*, certo é que Garofalo a substitue pela do *poder social*, como centro da organisação das sociedades politicas.

Mas daqui para a theoria organica só falta a franca confissão de ser por esta.

Vj. *Annales de l'Inst. intern. de Sociologie*, Pariz, 1896, tom IV p. 59.

[46] *Essais sur le Progrés*, trad. de Burdeaux, pag. 5.

CAPITULO III

Unidade do direito na substancia e no processo

26. O pacto constitucional da Republica, em seus arts. 34 ns. 23 e 63, traçou as regras fundamentaes da formação direito objectivo.

E' vulgarmente sabido, e o repetimos em outro trabalho [46a], que toda legislação scientificamente elaborada se desdobra por tres grandes quadros principaes. No primeiro, lança o poder legislativo a definição ou structura abstractá das regras do direito em these: é a substancia, ou materia organica das regras ou *normæ agendi*. No segundo, traça as linhas pelas quaes se tem de construir o poder que haverá, quando provocado, de realizar praticamente a força do direito abstracto, ou *a organisação judiciaria*. Finalmente, no terceiro, preestabelece o systema das fórmas segundo as quaes a organisação judiciaria deverá funccionar na applicação das regras de direito ás relações de direito, ou o *processo*.

Estes tres quadros ou momentos da legislação podem ser reduzidos a dous. Um conterá a determinação scientifica ou abstracta das *normæ agendi* — é o direito estatico; sua força está apenas latente. O outro, as linhas da organisação judiciaria e as fórmas do processo — é o direito em estado dynamico, a patentear a força protectora da lei. O primeiro fórma o direito doutrinario; o segundo o direito judiciario. Aquelle nos dá as *substantive laws*, este, as *adjective laws*, na phraseologia de Bentham. [47]

27. Como ficou constitucionalmente regulado este triplice ou duplo objecto da funcção legislativa ?

A resposta está inteira na combinação daquelles dous artigos em frente do art. 65 § 2º.

Ao Congresso Nacional compete *privativamente* legislar sobre o *direito civil, commercial e criminal*

[46a] *Theoria do Proc. civ e com.*, § 1º. nt 2ª.

[47] Discriminação e phraseologia que Ramponi, *Teoria gener. delle Presunzioni*, pag. II. chama *elementar e doutrinalmente incontrastavel*

da Republica e o processual da justiça federal; cada Estado se regerá pelas *leis que adoptar*, respeitados os principios constitucionaes da União. Portanto, si só o poder legislativo federal é que faz o direito material brazileiro e o processual da justiça federal, e si o poder legislativo de cada Estado, fóra desta classe de leis, faz aquellas que entender adoptar; e si lhes é facultado em geral todo e qualquer poder, ou direito, que lhes não fôr negado por clausula expressa ou implicitamente contida nas clausulas expressas da Constituição, é logico, é evidente, que o poder legislativo de cada Estado faz o seu direito processual, comprehensivo da organisação judiciaria e do systema das fórmas processuaes, ou, em mais breve locução, o seu *direito judiciario*.

A these definitiva e inexpugnavel é, portanto, esta, decorrente da lettra constitucional, das discussões do Congresso constituinte, e, mais positivamente ainda, do facto observado, pois já alguns Estados se regem processualmente por codigos privativamente seus, e poder algum federal até hoje reclamou contra isso:

— Unidade do direito material, multiplicidade do direito formal.

28. Esta these póde ser convertida nest'outra, sua equivalente: — O poder legislativo federal, em materia de processo, sómente pode legislar sobre o direito processual da justiça federal [48].

Tem contradictores, mesmo entre os mais eminentes dos nossos jurisconsultos, este ultimo conceito. Assim, o emerito professor Dr. João Mendes Junior [49]

---

[48] Para complemento desta exposição das bases do nosso actual regimen politico-judiciario, convém não esquecer que ao congresso federal tambem compete privativamente legislar sobre o serviço judiciario do districto federal — Vj. a nossa *Theoria do Proc. civ. e com.* § 46, onde ficaram enumerados os tres ramos em que se divide o *Direito judiciario brazileiro*, a saber:

I. Justiça federal, a cargo do poder judiciario da União;

II. Justiça do districto federal, a cargo do poder judiciario da Capital da Republica;

III. Justiça dos Estados, attribuida independentemente ao poder judiciario dos Estados, tambem independentes entre si.

A primeira se estende, nos casos de sua competencia, sobre todo o territorio da Republica; a segunda só abrange a Capital Federal; finalmente, a ultima se exerce nos limites do respectivo Estado.

[49] *Rev. da Faculdade de Dir. de S. Paulo*, VII, 124.

sustenta que, si não ha clausula expressa negando aos Estados a attribuição de legislar sobre o direito processual das justiças locaes, tambem não ha texto algum que lhes confira expressamente essa attribuição. O *privativamente* do art. 34 n. 23 só quer dizer, que aos Estados não é licito legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e processo da justiça federal, mas não que ao Congresso nacional falte competencia para legislar, *cumulativamente* com os Congressos estadoaes, sobre o processo das justiças locaes.

E para justificar seu parecer, o egregio jurisconsulto vai buscar os arts. 6º § 4º, que dá ao governo federal a faculdade de intervir nos Estados para *assegurar* a execução das leis e sentenças federaes, 35 § 1º, que dá ao Congresso nacional a incumbencia de velar na guarda da Constituição e das leis, e 72, quando declara que a constituição *assegura* a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade [50], e com elles assim argumenta:

— Si o *poder executivo federal* póde intervir nos Estados para assegurar a execução das leis federaes, com maioria de razão o *poder legislativo nacional*, não só para determinar os meios ou processos que assegurem a execução das leis federaes, como para realmente garantir a inviolabilidade dos direitos. Aliás, chegariamos ao absurdo de impôr aos poderes federaes a incumbencia de *assegurar* os direitos e ao mesmo tempo os despojar de dispôr dos meios necessarios a esse fim, quaes sejam as leis sobre o processo.

— Portanto, conclue o sabio professor, o direito, que pretendem dar aos Estados, de legislar *privativamente* sobre o processo das justiças locaes, é negado por clausulas *implicitamente contidas* nos arts. 9º § 4º, 35 § 1º e 72 pr., da Constituição federal.

Tambem são por S. Ex. invocados os arts. 63 e 65 § 2º.

---

[50] E *á igualdade*, devia accrescentar a Constituição, para não deixar fóra da referencia o conteúdo no § 2º daquelle art. — Vj. a *Universalisação do Direito*, pags. 32 nt. 28.

— Si, pelo art. 63, cada Estado, nas leis que adoptar, tem de *respeitar os principios constitucionaes da União*, e competindo á União a *garantia constitucional* de *assegurar* todos os direitos, *ipso facto* lhe ficou conferido o poder e o direito de *escolher* e de *ordenar* os meios respectivos, isto é, o poder e o direito de crear o processo que as justiças estadoaes devem seguir para se tornar uma realidade aquella garantia; e si, pelo art. 65 § 2º, « mais se accentúa não só essa cumulação de attribuições da União e dos Estados, como principalmente a *supremacia* ou *preferencia* da União », supremacia que decorre do proprio texto constitucional, pois este não reconhece *attribuições proprias* dos Estados, mas apenas lhes confere *faculdade*, faculdade que, pela natureza das cousas, e attendendo áquella *supremacia*, « não acarreta uma cumulação simultanea, porém sim suppletiva », segue-se que os Estados não podem absolutamente legislar sobre *actos decisorios*, mas somente sobre *actos ordinatorios* do processo, quando sobre o caso não houver lei federal.

— « Por conseguinte, tal é a ultima conclusão a que chega o emerito professor, não é verdade que a Constituição federal tenha estabelecido a multiplicidade do direito processual das justiças locaes.»

29. Em que peze á justamente acatada opinião do venerando professor, é por completo infundada a sua seductora argumentação. Qualquer que seja o ideal a construir (e si houveramos de legislar riscariamos de todo, por imprestavel, o nosso regimen constitucional sobre o assumpto), o que é certo, porque está não só escripto na Constituição e nos factos, como porque ninguem ainda, sinão S. Ex., se lembrou de pretender o contrario, é que os Estados são competentes para fazer a construcção inteira e exclusiva do seu direito judiciario.

Não; o adverbio *privativamente* do art. 34 não póde absolutamente ter o alcance ou significado que lhe deu S. Ex. Si é certo, e ninguem o contesta, que aquelle adverbio presuppõe um correlativo opposto, esse correlativo não está na exclusão dos Estados quanto á competencia para a formação do direito material da Republica e do processo da justiça federal. Como bem disse outro eximio professor da

nossa faculdade, o illustre Dr. Pedro Lessa [51], os termos antitheticos ao art. 34 estão no art. 35. E de facto, dizendo aquelle, que ao Congresso nacional compete *privativamente* praticar os actos alli mesmo enumerados, e no art. 35, que outrosim lhe incumbe, *mas não privativamente*, praticar o que ali detalhadamente se menciona, visto está que este art. 35 é o correlativo opposto, que o egregio Dr. João Mendes preferiu achar no que seria a mais evidente antithese do systema constitucional adoptado.

Eis aqui: o Congresso nacional legisla *privativamente* sobre os assumptos e serviços do art. 34, mas *não privativamente* sobre os do art. 35.

Mas, a meu ver, não é nesta inversão litteral da Constituição, que está o defeito principal da opinião que ora combatemos. Si fosse exacto que ao Congresso nacional compete legislar sobre o processo applicando pelas justiças estadoaes, porque lhe incumbe garantir a efficacia das relações de direito, as quaes são, em todo o territorio da Republica, definidas e reguladas pelas mesmas regras de direito, então não haveria como achar materia ou instituto de direito judiciario que pudesse se enquadrar na competencia do poder legislativo estadoal, e seria por completo impossivel justificar a cumulação de attribuições relativas á formação do direito adjectivo, ou melhor, já que aquella denominação tanto incommoda o douto professor, do direito processual, que o Dr. João Mendes Junior consente em conferir aos poderes legislativos federal e estadoal. E menos justificavel ainda: cumulação apenas *suppletiva*.

De modo que, não obstante aquella pretendida, mas já demonstradamente falsa *supremacia* do poder federal sobre o estadoal, eis o inferior supprindo as lacunas do superior.

Releve o sabio mestre a nossa contradicta, mas a sua theoria, como brilhantemente demonstrou o citado Dr. Pedro Lessa, tem simplesmente este defeito: ser contraria á verdade real dos factos. Venia

---

[51] Cit. *Revista*, pag. 133.

para a seguinte transcripção do nosso illustrado collega [52]:

« Que o pensamento do legislador constituinte foi o que tem sido exposto neste artigo — podemos facilmente verificar pela leitura dos debates. Os deputados que tinham competencia para discutir este assumpto sustentavam todos a these tão brilhantemente desenvolvida pelo Sr. Dr. João Mendes Junior.

O Sr. José Hygino em magistral discurso pedia não só a unidade das leis de processo, como a unidade da organisação judiciaria, demonstrando com eloquencia os inconvenientes do regimen judiciario adoptado (*Annaes da Constituinte*, vol. 2º, pag. 64). O Sr. Amphilophio queria ao menos que as leis de processo fossem as mesmas para toda a nação. Na sessão de 8 de outubro de 1897 dizia elle: « Não conheço, em sã consciencia o digo, cousa mais repugnante no terreno dos principios, attentado maior contra a logica e o pouco que o meu passado de juiz me fez conhecer do assumpto. A lei processual deve ser o reflexo da lei substantiva: naquella se devem reflectir, como em um espelho, todo o pensamento, espirito, intuitos e previsões desta. Uma é complemento e execução da outra.»

A todos respondeu o Ministro da Justiça, Sr. Campos Salles, em extenso discurso, mostrando de modo muito claro que o pensamento do Governo era o expressamente exarado na Constituição: dar aos Estados a faculdade de legislar sobre o processo e sobre a organisação judiciaria. Foi essa a idéa que triumphou.»

Eis a verdade historica, contra a qual não é licito oppôr doutrinas, ainda que estas, como temos prazer em confessar, sejam de incontestavel superioridade, qual é a do illustre professor da nossa Faculdade.

30. Nem ao menos, para justificar a interpretação, que o Dr. João Mendes Junior dá aos citados artigos da Constituição, se póde allegar que o systema, que dizemos definitivamente adoptado, não é seguido em paiz nenhum.

---

[52] Cit. *Revista*, pag. 135.

Falle ainda por nós o eximio Dr. Pedro Lessa:

« O systema adoptado, posto que máo, não é original. Copiou-se da Constituição Argentina, que no art. 67 § 11 dispõe que ao congresso nacional compete organisar o codigo civil, o commercial, o penal e as leis sobre minas, naturalisação, direitos de cidadão, fallencias, falsificação de moeda e documentos publicos do Estado e as relativas ao jury.

A Constituição de Venezuela de 1874 reproduz a disposição da Constituição Argentina (art. 13 § 22), excluindo, o que parece incrivel, o direito commercial, que ficou entregue aos Estados.

O systema da nossa Constituição é, pois, o systema da Republica Argentina, onde cada provincia legisla sobre a sua organisação judiciaria e sobre o seu processo. O poder legislativo nacional só tem competencia para elaborar as leis processuaes da justiça federal, o processo applicado perante os tribunaes da capital, e *alguns processos especiaes* para os tribunaes das provincias.

O systema argentino foi o reputado melhor (!) por um dos escriptores que mais concorreram para a divulgação dos ideaes republicanos em nosso paiz. Lastarria termina a sua obra — « *Lecciones de Politica Positiva* » com um projecto de constituição, que denomina — « *Bosquejo de una constitucion politica arreglada á los principios y doctrinas de la ciencia* »; em cujo artigo 39 dá ao congresso nacional a faculdade de « *hacer todas las leyes necessarias para ejercer las precedentes attribuciones y para regir el derecho comun de la Republica en lo civil y penal, menos los procedimientos judiciales* que son de la competencia de las assambléas de provincia ».

31. De resto, o presupposto no *Questionario* do Instituto é aquelle. Dada a unidade do direito material e a multiplicidade do direito processual, aquelle provindo privativamente do Congresso nacional para toda a Republica, este, do mesmo Congresso, para o exercicio da justiça federal, e dos Congressos estadoaes para o exercicio das respectivas justiças locaes, pergunta-se: E' justificavel este systema?

E á questão assim posta, é que nos propuzemos responder.

32. Quando não bastassem, para base de negativa resposta, as linhas que, a voar, até aqui dei-

xâmos, as mais perfunctorias remissões dos principios cardinaes da sciencia juridica poriam fóra de contestação a these que vamos sustentar, e é esta:

— Nada justifica, dada a unidade do direito material, o systema da variedade de leis processuaes.

33. E antes de mais nada, que é o direito? *Norma agendi*, é uma regra geral coercitiva; *facultas agendi*, é um interesse socialmente garantido.

Qual será o alcance, no ponto em que ora estamos, desta discriminação rudimentar?

Respondamos por meio de um sorites, em cuja conclusão havemos de encontrar, e sempre, a idéa de unidade.

No apice da columna juridica assenta o principio ethico, que é uno em substancia e conceito. Si na tripode — *honeste vivere, neminem lædere, suum cuique tribuere* — estão gravadas as tres fórmas ordenadoras da actividade social do homem, e em distinguil-as puzeram alguns philosophos antigos a theoria puramente metaphysica da differença entre a moral e o direito, a sociologia moderna as reduz á unidade synthetica representada no conceito unico do principio juridico. Nenhum daquelles preceitos póde independer dos outros; ao contrario, no primeiro, que se diz ser o epitome da moral, os outros se subentendem como a parte no todo. Thomasio, com a sua triplice distincção em ethica, direito e politica, tendo a ethica por objecto o *honestum*, o direito o *justum*, e a politica e *decorum*; — Kant, distinguindo dupla legislação -- a que pondera o motivo do dever da que só vê o ultimo, qualquer que aquelle seja; Fichte, contrapondo o direito á moral, para dar exclusivamente a vontade aos dominios desta e a força aos daquelle; e mais a pretensa classificação dos direitos em *positivos* e *negativos* como bastante para distinguir a moral do direito, e as theorias, umas extremadas, outras de conciliação, de Leibnitz, Wolf, Trendelenburg, Stahl, Krause e muitos outros — tudo afinal se reduz a esta unidade: a realização do direito como expressão suprema do destino social do homem.

Ethica e direito se unem, portanto, como entre si se prendem os meios tendentes a um fim commum. Desunil-os é desorganisar cada qual delles, perdendo o homem a rota demandada.

Mas tambem entre o direito norma e o direito faculdade não póde deixar de haver maxima harmonia, ou interdependencia. Assim como a ethica, ou suprema fonte do principio juridico, é o molde do direito qual complexo das condições necessarias á realização do destino social do homem, assim tambem o direito objectivo é o molde do direito subjectivo, Faculdade opposta á respectiva norma seria conceito inconcebivel. Eis uma das faces da unidade juridica. Si nenhuma lei se legitima si não traduz a satisfação de uma necessidade social, tambem é certo que ninguem póde pretender um direito sinão em virtude de lei que o defina.

Mas si o direito faculdade se vasa no direito norma, e como poder captavel pelo dominio da vontade livre, na technica de Savigny, só se manifesta com os caracteristicos e intensidades de força subjectiva quando ou depois que força opposta lhe tolhe a actividade organica e funccional — e tal é, no sentimento de Ihering, o conceito do direito como idéa pratica — quer dizer: si na luta judiciaria é que si affirma o direito [53] ou por outra, si a acção (*actio*, *jus in judicio*) é o mesmo direito em movimento de reacção contra as violações provindas de terceiro, ou manifestação externa da virtude propria de cada direito de si arffimar definitivamente — si a acção, na feliz concepção de Arndts, é creatura que tem por creador o mesmo direito — *das Recht ist das Erzeugende, die Klage das Erzeugte* — ou em conceito mais claro e breve, qual é o de Savigny — si *actio* é uma metamorphose da relação de direito, direito e acção são idéas ou termos que reciprocamente se completam, ou antes, se condensam em um todo unico, que se traduz na idéa de *poder*.

Acção não é mais do que a opportunidade que torna patente a força latente de qualquer relação de direito. Meio e fim, ensejo e consecução.

Mas tambem, si entre meio e fim, como entre instrumento e operação, é indispensavel haver correlação ou correspondencia perfeita, segue-se que, para fins identicos, meios identicos.

---

[53] Savigny, *Dr. Rom* § 4º Ihering, *Der Kampf um's Recht passim.*

Ora, si o direito é uno em toda a Republica, diversos não devem ser os meios tendentes á realização definitiva do direito.

Logo, sendo o direito processual o complexo dos meios de obter a definição judicial dos direitos, meios cujo emprego formal se faz mediante a *acção*, nada justifica a pluralidade de leis processuaes diante do systema unitario do direito material, como queriamos demonstrar.

34. Agora, si da região abstracta dos primeiros principios ou do direito especulativo passarmos para o mundo concreto das contingencias judiciarias, mais evidente ainda si patenteará a injustificação do systema constitucional, causa proxima do tenebroso cahos em que hoje vivemos relativamente a este assumpto.

35. E para começar pelo principio, vemos que os tribunaes não se combinam nem mesmo na accepção da palavra *actio*; e tão desastradamente para o jogo constitucional das competencias, que afinal os Estados chegarão a não saber qual seja a materia sobre que lhes é licito legislar.

E' assim que ainda hoje se discute sobre qual seja o verdadeiro caracter de *acção*, a saber: si é de direito substantivo ou si de direito adjectivo. E tão facilmente se deve comprehender a importancia da discussão, que afinal, do modo como fôr a duvida resolvida, derivará a competencia da União ou dos Estados para a formação do importantissimo direito das acções.

Em materia criminal, precisamente a que mais devia obedecer ao principio unitario, pois o crime no Amazonas deve ser punido tão inteiramente quanto no Rio Grande do Sul, a discordancia dos conceitos, trazendo a disparidade dos julgados, já se manifestou concretamente.

O accordão do Supremo Tribunal Federal, do 1º de dezembro de 1894, é prova disto.

Eis a especie:

Dispõe a Constituição do Piauhy que o ministerio publico tem competencia para denunciar nos crimes de injuria irrogada contra qualquer agente ou depositario da autoridade publica em razão do officio; e o decreto estadoal n. 27 de 16 de julho de 1892 definiu aquella competencia. Dada denuncia contra os autores de certa publicação injuriosa ao governador

do Estado, foram elles pronunciados. O Tribunal de justiça, confirmando o despacho de pronuncia, não attendeu á preliminar da incompetencia do ministerio publico, fundada no art. 407 no Codigo Penal, que no § 2º n. 2º exceptua da acção publica penal o crime de injuria.

Convém reproduzir os dous seguintes *considerandos* daquelle accordão:

« Considerando, que pelos arts. 34 n. 23 e 65 n. 2 da Constituição Federal, competindo á União legislar sobre o direito criminal e aos Estados sobre o processual da Justiça estadoal, é visto que a disposição do art. 407 do Codigo Penal, prohibitiva da acção publica nos crimes de injurias, não póde obstar a observancia das leis estadoaes citadas, as quaes são conformes á Constituição Federal, posteriores ao dito Codigo, e portanto derogativas do que nelle existir de contrario ou inconciliavel com a indole e essencia do regimen federativo;

. . . .

Considerando que a disposição do art. 407 do Codigo Penal não define crimes, nem estabelece penas (caracteristicos que no considerando anterior se assignarem á lei criminal) e sim fixa a competencia do promotor publico, delimita suas attribuições e conseguintemente envolve materia meramente processual da competencia exclusiva dos Estados, e não criminal da esphera dos poderes federaes...»

Foram os réos condemnados, e tendo interposto o recurso de revisão para o Supremo Tribunal Federal, este, pelo citado accordão de 1 de dezembro de 1893, annullou o processo, por julgar inconstitucional aquella lei do Estado do Piauhy.

« Considerando, diz o accordão do Supremo Tribunal — que, sendo da esphera do Direito Penal a determinação da acção publica ou particular para a punição dos delictos, segundo a sua natureza e gravidade, ao Congressa Nacional compete privativamente por força do disposto no art. 34 § 23 da Constituição da Republica, o determinar os casos em que cabem taes acções; que, por isso, o Codigo Penal, que é lei da União, no § 2º do art. 407, firmando o principio geral da competencia do Ministerio Publico para dar denuncia em todos os crimes publicos ou particulares, exceptuou expressamente, do procedimento official, a

punição dos crimes de injuria e calumnia, em que somente cabe proceder por queixa da parte offendida, ainda mesmo quando esta seja autoridade o no exercicio de suas funcções; que, assim estabelecida por lei geral da União a competencia unica do offendido para offerecer queixa contra seu offensor nos crimes de injuria e calumnia, não póde lei alguma derogar essa disposição;

Que, portanto, carecia de poder o Congresso do Estado de Piauhy para, ampliando a competencia limitada pelo Cod. Penal, estender tambem aos crimes de injuria commettidos contra agente de autoridade publica a acção do promotor para officiar nos respetivos processos como denunciante.» [54]

No Tribunal de Justiça da Bahia, por accordão de 19 de abril de 1895, tambem se julgou no sentido daquelle accordam annullado pelo Supremo Tribunal Federal.

A lei estadoal bahiana n. 15 de 15 de julho de 1892 alterara a disposição do cit. art. 407 § 2º n. 2, com referencia ao art. 274 n. 1º, Cod. Pen., no sentido de não dar acção publica nos crimes de rapto e violencia carnal, mesmo praticados contra menores, ainda que miseraveis ou indigentes — *uma vez que não preceda requerimento dos representantes legaes destes*, nem se tracte de qualquer das hypotheses previstas nos ns. 2 e 3 do cit. art. 274.

Eis agora aqui a summa daquelle julgado no tocante ao ponto em debate:

— Na esphera penal as leis estadoaes adjectivas não contrarias aos preceitos constitucionaes — ou si refiram á *organisação judiciaria* ou digam respeito ao *processo* — não deixam de obrigar aos juizes e tribunaes, ainda quando collidam com qualquer lei federal — salvo si contiverem preceitos referentes ao direito substantivo — da competencia exclusiva do congresso nacional, de conformidade com o art. 34, n. 23, da Constituição da Republica.

Neste caso não se acha o cit. art. 99, § 3º da lei n. 15, modificativo da disposição do n. 1 do art. 274, a que se refere o n. 2 do § 2º do art 407

---

[54] *O Direito*, 66, 71.

do Codigo Penal e que nem é qualificativa de crime nem comminatoria de pena.» [55]

No Estado de S. Paulo ficaram em conflicto o Congresso legislativo e o Tribunal de Justiça. Assim é que, tendo a lei paulista n. 109 A de 30 de setembro de 1892 disposto que nos crimes de damno e furto fôsse admissivel denuncia do ministerio publico, *ainda que não houvesse prisão em flagrante*, o Tribnnal de Justiça, por accordão de 11 de Junho de 1895, proferiu a seguinte decisão:

« — Accordão em Tribunal, relatados e discutidos os presentes autos, dar, como dão, provimento á appellação interposta por Ghione Paole, porquanto consideram o processo eivado de nullidade substancial, por ter sido instaurado mediante denuncia do Promotor Publico, não obstante se referir a crime de furto, em o qual só cabe denuncia nos termos do art. 407 do Cod. Pen. e Decr. n. 121 de 11 de novembro de 1891. E para assim decidirem adoptam os demais fundamentos com os quaes foi sustentada nas razões de appellação a necessidade do reconhecimento da referida nullidade, inclusive para o effeito de se considerar inapplicavel a lei deste Estado, sob o n. 109 A de 30 de setembro de 1892, por vicio de inconstitucionalidade, de accordo com a doutrina do julgado do Supremo Tribunal Federal, em 1 de dezembro de 1894, annullam todo o processo *ab initio*, mandando nessa conformidade que seja o appellante immediatamente relaxado da prisão em que se acha.» [56]

Verdade é que anteriormente, por accordam de 19 de fevereiro do mesmo anno, havia o mesmo Tribunal decidido não ser inconstitucional aquella L. n. 109 A [57]; mas, mudando de jurisprudencia no accordão acima transcripto, manteve a ultima em outras decisões, como no accordão de 14 de junho de 1895, em que julgou «se dever considerar substancial para iniciação da acção publica, por crime de furto de animal, a representação do offendido, nos

---

[55] *Revista dos Tribunaes*, Bahia, anno 2º, vol. 5, pag. 41.

[56] *Revista Mensal*, I, p. 39.

[57] *Gazeta Juridica*, VII, 157.

expressos termos do art. 2º do Dec. federal de 11 de novembro de 1892» e, portanto, inconstitucional aquella Lei estadoal n. 109 A, *em vista da doutrina do accordão do Supremo Tribunal Federal do 1º de dezembro de 1894.* [58]

36. Por seu lado o poder legislativo federal veiu augmentar a confusão e incerteza em que anda mergulhada tão grave materia.

Tinham os Decs. imperiaes ns. 562 de 22 de julho de 1850 e 1890 do 1º de setembro de 1860 disposto sobre o processo e julgamento de alguns crimes, derogando nessa parte as disposições geraes dos Cods. Crim. e do Proces. Crim. e outras disposições parallelas. Após esses veiu o de n. 3163 de 7 de julho de 1883, cujo art. 1º assim dispôz: «Admitte denuncia, e será julgado pelo jury, o crime de furto de gado vaccum, cavallar e muar.»

O Congresso Nacional, em plena vigencia da Constituição de 24 de fevereiro, decretou a L. n. 21 de 24 de outubro de 1891, mandando que continuassem em vigor as disposições daquelle Dec. n. 3163; e pelo Dec. n. 121 de 11 de novembro de 1892 assim dispôz:

«Art. 1.º A lei n. 21 de 24 de outubro de 1891 comprehende, quanto á acção publica, o furto de gado de qualquer especie, competindo aos Estados a determinação da fórma dos respectivos processos e julgamentos.

«Art. 2.º Nos crimes a que se refere a mesma lei, a acção publica será iniciada sobre representação do offendido, e perime pela desistencia deste, pagas, neste caso, por elle as custas.»

37. A verdade juridica não póde estar com aquelles Congressos estadoaes e tribunaes judiciarios do Piauhy e da Bahia e ao mesmo tempo com o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça de S. Paulo.

Mas *ubi erit veritas?*

Talvez parecesse escusado discutir e solver a duvida, bastando, para justificação da necessidade de unificar o direito judiciario nacional, a simples noticia daquella variedade de opiniões e votos. Paiz onde assim se vacilla e diverge sobre competencia

---

[58] Cit. *Revista Mensal*, p. 56.

em materia judiciaria não offerece, decididamente, grande segurança à defesa dos direitos privados. Haverá defeito maior?

Mas é que essas vacillações e divergencias estão indicando flagrante desconhecimento do proprio systema constitucional adoptado, e conseguintemente sua adulteração, ou por parte da Bahia e do Piauhy ou por parte de S. Paulo e dos poderes federaes. Assim apreciado o assumpto, bem se vê que entra no nosso plano verificar de que lado estará a verdade.

Portanto, e invertidamente :

Ubi est error?

Não temos nenhuma duvida em sustentar que o erro está no decreto federal n. 121 de 11 de novembro de 1892, e, como consequencia, nas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justica de S. Paulo. As leis estadoaes acima citadas são, a meu ver, rigorosamente constitucionaes.

38. Em primeiro logar, apurar a these pela resolução da duvida — si *acção* é de direito substantivo ou adjectivo — importaria deslocar grosseiramente os proprios termos da questão, sem que chegassemos a qualquer solução definitiva, pois que *acção* é tanto de direito material quanto de direito formal, e assim é porque aquelle vocabulo póde ser encarado sobre tres aspectos distinctos — subjectivo, objectivo e formal — direito, remedio, receita; e então, consoante este ou aquelle aspecto, será de direito substantivo ou de direito adjectivo. Como direito — *jus persequendi in judicio quod sibi debetur* — é materia ou substancia das relações de direito; póde mesmo ser considerado como direito distincto e separado da relação de direito, cuja é garantia, e assim pensa, entre outros, o profundo Goudsmit [59]; mas como *remedium juris*, quer no sentido theorico, quer no sentido pratico, ou como disposição da eurematica abstracta ou como forma pratica da applicação do eurema, entra no quadro do direito adjectivo. Portanto, pretender, em absoluto, que ao Congresso Nacional compete exclusivamente legislar

[59] *Pandeckten-System*, § 87.

sobre *acções*, é dar á questão linhas divergentes. E, nada resolver scientificamente, sinão tudo miscellaneamente confundir.

Em segundo logar, pretender que a acção publica criminal é um direito no sentido subjectivo — um *jus persequendi* do ministerio publico — tambem nos parece reflectir flagrante confusão de noções primarias. A acção civil e a acção privada criminal são incontes tavelmente, sob o primeiro daquelles tres aspectos, direito subjectivo, tão intenso e amplo quanto póde ser o dominio. O respectivo titular póde delle allodialmente usar, gozar e abusar. O abuso, no tocante á acção privada criminal, consistirá no abandono da acção, já pela prescripção, sciente e voluntariamente consentida, já pelo perdão, já pela desistencia, expressa ou tacita.

Mas ha na acção publica criminal alguma cousa que se pareça com aquillo? Salvo á prescripção, porque é uma ficção da morte, a qual *omnia solvit*, e uma necessidade de logica social, no dizer de Adolfo Zerboglio, um effeito natural do tempo, em face do direito de punir, na phrase de Zanardelli, a tudo resiste a acção publica criminal.

Consultae a historia da accusação publica nos povos antigos — na familia, na tribu ou na cidade; estudae-a na legislação romana — antes do systema das *quæstiones* como no periodo das *quæstiones perpetuæ* ou no periodo imperial; vêde-a no direito moderno, e haveis de a encontrar como uma funcção da soberania nacional. No Egypto, segundo uma passagem de Herodoto, até os escravos eram obrigados a accusar os senhores; na Assyria, os *Sophetim*, ou juizes ordinarios do povo, abriam audiencia ás portas das cidades impondo á populaça o dever de accusar os criminosos, e o Talião punia a quem maliciosamente occultasse algum crime; nos hebreus, a forma patriarchal do seu governo não deixava livre aos pais de familia o exercicio da alta auctoridade accusatoria, sinão lhes impunha intransigentemente o dever de denunciar, accusar e punir. Como nos povos syrios, tambem na terra de Chanaan, depois do estabelecimento de Israel, a accusação publica se abria, como dever civico intransigivel, á luz do sol, junto das portas da terra promettida. O Decalogo é, a tal respeito, um codigo completo. E assim com os gregos — em Creta, Lacedemonia e Athenas; com os germanos; com os gaulezes. O capitulo XII da Germania

chega a fazer allusão ao *odio* contra os criminosos como um dever sagrado. Com Amédée Thierry, em sua *Historia dos Gaulezes*, vereis quão energica é esta feição da accusação publica. Direito, não; mas dever social, tão absoluto e intransigente quanto o da propria conservação nacional.

Em Roma, ide ao sagrado collegio dos Pontifices, presidido pelo rei, como Grande Pontifice que era; vêde Tarquinio o Soberbo, qual o mostra Tito Livio, procurando inspirar pavor ao povo para que ninguem occultasse o nome de qualquer criminoso; perguntae aos duumviros ou *quæsitores*, creados por Servio Tullio, si lhes era licito transigir com a funcção de accusadores publicos; mesmo aos consules, cuja genesis se embebera do amor da liberdade, na phrase de Emilio Fabre, essa funcção era attribuida como um principio de direito publico. As leis *Valeriæ* e a Lei das XII Taboas são exemplares disto. [60]

Mais tarde, no periodo das *Quæstiones*, quando, como diz Sumner-Maine, [61] «a sociedade romana comprehendeu que com o crime ella mesma era offendida, e levou a analogia dessa offensa com a que attingia o individuo até as ultimas consequencias», o dever da accusação publica constituiu verdadeira lei social.

Com o Imperio, si a acção popular — esse *privilegium* tão generalisado que levou Macer, no fr. 8º *de accusationibus et inscriptionibus* (XLVIII, 2), a dizer — *Qui accusare possunt intelligemus, si scierimus qui non possunt* — ficou grandemente restringida, tanto que, sendo até então a regra, se tornou a excepção, o ministerio publico tomou definitivamente as proporções de verdadeira instituição social. — Admiravel a instituição, dizia Montesquieu, que assim põe viva, ao lado de cada cidadão, a constante vigilancia da guarda da nossa vida, da nossa honra, da nossa propriedade. — Essa vigilancia, por ter de ser constante, não é um direito, mas um dever, um *officium publicum*.

No direito moderno, cujo ponto de partida historico se póde ver na revolução de 1789, outra não é a feição politica do ministerio publico. A Assembléa nacional,

---

[60] Em Fabre, *De l'accusation publique*. pag. 51.

[61] *L'ancien droit*, cap. X

pela palavra de Thouret, accentuou o principio de que a acção publica era um attributo da soberania, e porque esta, para aquella funcção, devia estar representada no ministerio publico, era do melhor conselho conservar o official publico encarregado das accusações criminaes. Mas a Assembléa havia delegado ao rei o poder executivo, e então objectou a Thouret que a accusação publica era uma FUNCÇÃO natural deste poder. A' réplica do famoso democrata: «Qu'il reste aux commissaires du roi assez de fonctions sans celle d'accuser, pour qu'ils soient encore des officiers utiles... Je finis par ce mot, seul digne du patriotisme et des lumières de cette assemblée: c'est qu'en général et en toute hypothèse, quelque resserré que puisse être la fonction d'un agent du pouvoir exécutif, ce ne peut jamais être une raison de déléguer au roi une *fonction* populaire, pour qu'il en accroisse le pouvoir et l'influence de son agent»[62] a assembléa cedeu, e votou os arts. 1º e 2º, cap. V da Constituição: «O poder judiciario em caso algum poderá ser exercido pelo corpo legislativo nem pelo rei.» «A justiça será gratuitamente distribuida por juizes eleitos temporariamente pelo povo...» «O accusador publico será nomeado pelo povo.» Decretos de 1791, regulando o respectivo serviço, não diziam que os accusadores publicos tinham o direito, mas que *ficavam encarregados* de accusar os criminosos.

Com as reformas introduzidas pela Constituição do anno III e pelo Codigo dos delictos e penas do 3 brumario anno IV, apenas na distincção da acção publica e da acção civil para reparação do damno *ex delicto* se modificou o systema anterior. Aquella só se permittiu aos *funccionarios incumbidos* desse officio.

O governo consular, de facto monarchico, como diz Mangin, delegou a acção publica ao Chefe do Estado, que a exercia pelo orgão de officiaes de sua escolha. Eis aqui o art. 63 da Constituição do anno VIII: *La* FONCTION *d'accusateur public près d'un tribunal criminel sera* REMPLIE *par le* COMMISSAIRE *du gouvernement*.

Afinal foram estes os principios que dominaram no Codigo d'instrucção criminal e na lei de 28 de

---

[62] Mangin, *Tr de l'Action publ.*, vol. 1º, pag. 9

abril de 1810, hoje em vigor. O art. 45 desta ultima lei é assim concebido: *Les procureurs généraux* EXERCERONT *l'action de la justice criminelle dans l'étendue de leur ressort*».

Pois as simples palavras, que acima deixámos em maisculo, não bastam para demonstração da nossa these?

E assim é em todos os povos mais cultos, e em nossa propria lei positiva. Na Allemanha, a *œffentliche Klage* ou accusação publica é uma *missão*, na lettra do art. 152 Cod. Proc. Pen.; e, segundo o art. 154 — não poderá mais ser retirada, uma vez aberta a instrucção criminal. Na Austria, o *Staatsanwaltschaft* ou ministerio publico exerce, não direitos, mas *funcções*, na expressão do art. 29 do Cod. Instr. Crim.— *Il procuratore generale, independente dalle* FUNZIONI CHE GLI SONO ATTRIBUITE... diz o art. 38, *Cod. di Proc. Penale ital*. Na lei de Organisação e *attribuições* dos tribunaes da Republica do Chile, assim se exprime o art. 262: LAS FUNCIONES *del ministerio público*..; o art. 263 : DEBE *el ministerio público*..— O Promotor Publico DEVE intentar a queixa... se lê no art. 73 do nosso Cod. Proc. Crim.— As autoridades competentes remetterão aos Promotores Publicos as provas que obtiverem sobre a existencia de qualquer delicto, afim de que elles *procedam* na fórma da lei — se lê no art. 15 § 4º da L. n. 2033 de 20 de setembro de 1871. — *Compete* ao Procurador Geral da Republica... *Compete* ao Procurador da Republica na secção... dizem os arts. 22 e 24 do Dec. n. 848 de 11 de outubro de 1890. — Ao ministerio publico em geral *incumbe* denunciar os crimes... diz o art. 71 § 8º da L. da Organisação Judiciaria no Estado de S. Paulo, n. 18 de 21 de novembro de 1891.

Mas, si esta é a lição inilludivel da historia do direito, si a acção publica criminal é uma attribuição ou *funcção que incumbe a certa ordem de officiaes publicos*, mais incivil não póde ser o conceito que confunde o *jus persequendi in judicio quod sibi debetur* da Instituta, *aut nostrum est*, segundo o addendo do jurisconsulto Daniel, citado pelo nosso Paula Baptista, [63], *suumve est*, como propunha tambem additar Hoto-

---

[63] *Comp. de Theor. e Prat. do Proc. Civ.*, § 3.º

manus, citado por Filomusi Guelfi, [63] com um dever de ordem publica, e, portanto, insusceptivel de transacção de especie alguma. Attribuição, funcção, incumbencia, nunca foi um direito subjectivo.

A *acção publica criminal*, portanto, é um dos modos do exercicio do poder judiciario. Mas, si ninguem se lembraria de contestar aos Estados o direito de legislar sobre a *sua organisação judiciaria*, como se lhes ha de negar competencia para organisar o seu ministerio publico? Mas, si esta competencia é indiscutivel diante da Constituição e da logica, como lhes recusar o direito de traçar as regras da actividade legal dos respectivos orgãos?— Tão inconstitucional seria negar a qualquer Estado a faculdade de crear o ministerio publico, como pretender que o ministerio publico estadoal só pudesse agir na conformidade da lei federal.[64]A

30. Mas o art. 407 do Codigo Penal da Republica? — Eis a famosa objecção dos fetichistas da lettra legislativa.

Poucas linhas a poderão desfazer.

O Codigo Penal é de Outubro de 1890, e a Constituição Federal é de Fevereiro de 1891. Quando aquelle foi promulgado, nem siquer se cogitava de unificar o direito material e multiplicar o direito processual. Ao contrario, como fizemos ver ao começar esta rapida dissertação, era idéa do Ministro da Justiça do Governo Provisorio conferir aos Estados completa independencia legislativa: de modo que aquelle Codigo, no sentimento do Governo, era lei transitoria. Veiu, porém, a Constituição, e com o systema adoptado por seus arts. 34 § 23 e 63 entre si combinados, destruiu radicalmente aquelle art. 407, patentemente contrario ao systema constitucional.

Ou isto é verdade, ou o direito não é uma sciencia.

Pois não está alli o art. 284, que ficou tambem aniquilado pelo art. 72 §§ 4º e 7º da Constituição,

---

[63] *Enciclop. giurid.*, nt. 1ª ao § 123. Tambem Mattirolo. *Dir. Giud. civ. ital.*, vol. 1º, n. 21 n. 1ª, é de parecer que ás palavras da Inst. se deve accrescentar — *aut quod nostrum est*. E a isto alludimos para mais patente deixar o caracter do subjectivismo da *actio*, de todo extranho á acção do ministerio publico.

[64] A Vid. nosso *Program. do Curso do Proc. Crim. Rev. da Faculdade*, 1896, pag. 245.

como o reconheceu explicitamente o Governo e é hoje ponto assentado na jurisprudencia? Desde que a lei organica da Republica firmou, como dogma constitucional, a plena liberdade religiosa, e estabeleceu que a lei só reconhece o casamento civil, sem razão de ser ficou aquella disposição do Codigo Penal, punitiva do sacerdote que celebrasse as ceremonias religiosas do casamento antes do acto civil.

Tambem já ha julgados, e assim ha poucos dias decidiu o jury de uma das comarcas deste Estado, no sentido da insubsistencia do art. 156 do Codigo Penal em face do art. 72 § 24 da Constituição.— Si é garantido o livre exercicio de qualquer profissão — assim se argumenta — não póde ser crime exercer a medicina e a pharmacia.

Mas então, si a lei constitucional deixou aos Estados o direito de organisar o seu poder judiciario, como mais, a respeito delles, ha de vigorar o art. 407 daquelle Codigo?

Si a respeito das leis ordinarias, as posteriores co-existem com as anteriores *nisi contrariæ sint*, o o que dizer quando as anteriores forem contrariadas pela lei constitucional?

40. Por tudo isto é que nos parece menos correcto o accordão federal do 1º de Dezembro de 1894.

41. Outros pontos, não menos importantes no mechanismo judiciario, estão nitidamente assignalando o inconveniente da multiplicidade do direito judiciario.

Assim, ainda em processo criminal, com relação ao instituto da fiança. Têm ou não os Estados competencia para legislar sobre tal assumpto? Ainda vacillam os legisladores estadoaes, o que só por si é um grave defeito a notar em nossa vida constitucional.

Para nós sempre se afigurou de facil solução o problema. O direito subjectivo de prestar fiança nos casos admittidos em lei, é um preceito constitucional —art. 72 § 14. Nenhuma lei estadoal o poderá abolir. Nem tão pouco definir os casos em que a fiança possa ser admittida, pois isso respeita, não ao modo do exercicio do direito á fiança, mas ás condições ou requisitos da existencia do mesmo direito. E' materia ou substancia do direito. Mas quanto á tabella das fianças e ao processo da respectiva prestação, nos parece que entram na esphera da lei estadoal. E assim

é que, no *Projecto do Codigo do Processo Criminal do Estado de S. Paulo*, nos julgámos auctorisados a modificar a tabella das leis vigentes e abolir a fiança provisoria, da qual, entretanto, conservámos o processo. Eis como a tal respeito nos exprimimos na *Exposição de motivos:*

«O projecto não consigna a fiança provisoria do direito anterior, e propositalmente o fez. Dominado sempre pela lei da economia judiciaria já alludida — maximo resultado com minimo esforço — viu o autor do projecto a necessidade de simplificar o processo da fiança definitiva, que por demorado, dispendioso, e sujeito a possivel má vontade, ou á ignorancia de qualquer arbitrador, não correspondia ás exigencias de uma boa reforma. Ora, nada pareceu melhor do que o processo da fiança provisoria. Logo, nada mais logico tambem do que o adoptar para prestação da fiança definitiva. E assim, a confusão daquelle, neste; ou o que é o mesmo — um só processo ou uma só fiança.

«De resto, a fiança provisoria tinha uma unica vantagem: poder ser prestada com facilidade; mas tinha uma grande desvantagem: ser provisoria. A definitiva, tal qual é proposta no projecto, mantém a vantagem da outra, e é definitiva».

Entretanto, ainda o Congresso Legislativo do Estado de S. Paulo, em 1898, teve escrupulo, levantado pela palavra do talentoso deputado Azevedo Marques, acerca da constitucionalidade de um projecto de lei sobre o assumpto, e addiou indefinidamente a respectiva votação.

42. Ainda com relação ao Codigo Penal, tambem não se chegou a precisar a verdadeira natureza do seu art. 408. E' substantivo ou adjectivo? Ainda na mesma sessão legislativa se discutiu este ponto e nada se resolveu.

A nós é que jamais se afigurou que ali houvesse alguma duvida. Ha naquella disposição assumpto de puro direito adjectivo, concernente ás leis de organisação judiciaria. As leis estadoaes bem podem modificar ou abolir a intervenção do ministerio publico nas acções de caracter privado, assim como a extensão do auxilio do offendido na acção publica.

Nem se objecte que esta intervenção auxiliar do offendido é um direito subjectivo, fóra do alcance das leis estadoaes, porque então retrucariamos com o pro-

prio Codigo Penal, cujo art. 51 expressamente dá aos Estados competencia para legislar sobre o livramento condicional dos condemnados, assumpto connexo o mais proximamente possivel com o mais importante de todos os direitos.

43. E o jury? Até onde vai a competencia do Poder Legislativo estadoal no regulamentar a competencia do jury e respectivo processo? ou por outra: qual o verdadeiro alcance do ultimo § do art. 72 da Constituição, que manda *manter a instituição* do jury? Basta que se lhe conservem os elementos substanciaes? quaes são estes? ou na frase constitucional — *é mantida* — está subcomprehendido não se poder tocar em linha alguma das disposições em vigor concernentes ao jury? nem na lista dos crimes que lhe competia julgar?

Todo o mundo viu o brilho com que Ruy Barbosa tratou do assumpto, a proposito da Lei do Rio Grande do Sul, que organisando o jury daquelle Estado, estabeleceu o voto aberto no julgamento e aboliu o direito a recusações peremptorias por parte do accusado e do accusador. E' inconstitucional aquella lei?

O Supremo Tribunal Federal teve occasião, na causa Alcides Lima, de derimir a controversia, mas não o fez. Si o fizesse, qual devia ser a sua decisão? qual teria sido?

Pois não bastam taes duvidas, taes interrogações para demonstração da necessidade de unificar todo o direito patrio? A lei rio-grandense continua em vigor, e em nosso parecer, constitucionalmente. O caracter politico essencial do jury é ser um tribunal popular: o modo de sua organisação, sua competencia e fórma de processo, são assumptos de puro direito judiciario. Como bem disse o illustrado senador Gomes de Castro na sessão de 21 de agosto de 1899 — a Constituição mandou manter a instituição do jury, e não os tribunaes que encontrou ao tempo de sua promulgação. Na lei de *Organisação judiciaria de S. Paulo* modificámos a competencia do jury, diminuindo o numero dos crimes que lhe competia conhecer e julgar; e na *Exposição de motivos do Projecto do Codigo do Processo Criminal,* lembrámos a conveniencia de reduzir a trinta e seis o numero dos juizes de facto sorteados para a sessão, e a nove o dos julgadores de cada causa.

Mas qual a razão de ordem politica ou de ordem juridica que justifique esta diversidade de leis de processo criminal no territorio da Republica?

44. No processo civil e commercial menor não é a confusão que está tornando impossivel um direito brasileiro.

Subindo até as cogitações especulativas dos juristas philosophos, mais de um deputado já apontou os vicios do actual systema e clamou contra a balburdia judiciaria, que nos está entibiando nas expansões da vida juridica.

O doutissimo representante da Bahia, Amphilophio de Carvalho, em seu profundo discurso de 8 de outubro de 1897, chegou a appellar para a revisão constitucional como remedio contra *uma situação já demasiado grave a seus olhos, porque via nella accentuado o enfraquecimento da nossa unidade nacional*. E não obstante o clamor fetichista que aquella phrase levantou na Camara, designadamente pelas interrupções dos deputados Glicerio, Timotheo da Costa, Belisario de Souza e Barbosa Lima, aquelle illustrado ex-ministro do Supremo Tribunal Federal produziu completa e brilhante demonstração do seu asserto, principalmente no que respeita ás leis de organisação judiciaria.

Anteriormente, outro deputado pela Bahia, o desembargador Paranhos Montenegro, na sessão de 16 de agosto de 1895, tambem com decidida superioridade de argumentação, provou ser *da maior inconveniencia legislar sem se ter o poder de prescrever as regras indispensaveis para garantir o direito*.

E accrescentou aquelle deputado:

«A união do direito substantivo com o processual é de tal natureza, de tal modo se impõe, que é quasi impossivel traçar ás vezes a linha divisoria, de modo que, quando se legisla sobre um, insensivelmente se vai invadindo a esphera do outro.»

«São tão intimas as ligações entre o direito em si e as formulas processuaes, que lhe servem de garantia, disse adiante S. Ex., que rara é a lei que trata de um assumpto, que ao mesmo tempo não contenha disposições concernentes ao outro.»

Nem parou aqui o justo interesse de S. Ex. em tão grave assumpto. Disse mais:

«Estou tão persuadido da inconveniencia de se separar o direito da justiça, da necessidade de competir a um mesmo poder legislar sobre o direito — na

substancia e nas formas processuaes — que acharia preferivel, embora fosse um desacerto de pessimas consequencias, que se confiasse um e outro aos Estados. O mal se manifestaria logo com mais intensidade, e a revisão se imporia desde logo. Seria um erro, mas haveria mais logica, mais coherencia. A separação é que é injustificavel».

Perfeitamente. Separar do orgam, a funcção, do ouro, a maleabilidade, do arco-iris, as côres, não seria pretenção mais desatinada do que é essa de parcellar o direito na substancia e no modo de fazer funccionar a propria substancia.

Imaginae agora quantas relações de direito chegarão a mudar de figura nesta Republica, em cujo seio vinte e duas leis processuaes podem variar na maneira de as garantir e estabelitar no jogo quotidiano da vida pratica.

Perlustremos algumas.

15. E visto como todo direito nasce do facto, e os factos só depois de provados é que apoiam definitivamente as relações de direito, demos o primeiro logar ao direito probatorio.

— Prova é de direito material ou de direito formal?

Pois bem: este ponto, que devera estar tão segura e definitivamente resolvido como si fosse um theorema geometrico, anda a jogar a cabra-cega, sem conseguir pôr a mão sobre a unidade scientifica. Dividem-se os votos, e, portanto, as leis, e o que é peior, as garantias do direito subjectivo se balburdiam em labyrintho inextricavel, com grande gaudio das cavillações forenses, mas com maior deslustre dos creditos nacionaes.

Venia para reproduzir o que dissemos na nossa *Theoria do Processo Civil e Commercial* [65]:

« A verdade é que a *prova*, tomando este vocabulo em seu sentido amplo, é de direito substantivo e de direito adjectivo. Como já tivemos occasião de dizer (vol. 1º pag. 73), repetindo Demolombe, essencial é não confundir o *fundo* com a *forma*, o direito *em si* com o *exercicio* do direito, ou com Dalloz, o que é *decisorium* com o que é meramente *ordinatorium* na formação, desenvolvimento e decisão da lide.

---

[65] § 122, 2º vol. pag. 94.

Si considerarmos a prova do acto ou facto juridico respectivamente á propria existencia da relação de direito cuja foi origem aquelle acto ou facto, e concluirmos que sem ella se anniquilará a relação de direito — v. g., sem escriptura publica não ha contracto de dote — ; si inquirirmos da admissibilidade ou não admissibilidade desta ou daquella especie de prova sobre tal relação de direito — v. g., si vale a prova testemunhal para este ou aquelle contracto; — si questionarmos, si lei nova, creando novo modo formal para a existencia de certa relação de direito, destróe as relações de direito diversamente formadas sob o regimen da lei anterior — v. g., si o filho natural, reconhecido segundo a prova exigida pela lei de hoje, perderá essa qualidade si a lei de amanhã exigir prova diversa; em qualquer dessas hypotheses, como ali dissemos, a prova é de direito substantivo. Manifestação sensivel da propria relação de direito, em todos aquelles casos, ou outros da mesma natureza, a prova está inseparavelmente condensada no proprio fundo ou substancia do direito.— Gabba, *Teor. della Retroat.*, vol. 1º pag. 158 e IV *passim*; Dalloz, vb. *Lois*, n. 335 etc. etc.

E sómente quando consideram a prova dos actos juridicos como condição da existencia das relações de direito, é que justificamos os codigos civis que inserem disposições relativas ao direito probatorio. Por exemplo, e só para invocar o codigo civil allemão, ultima synthese do direito civil moderno: como a existencia das pessoas juridicas depende da forma que a lei lhes haja assignado, o modo por que podem ellas adquirir capacidade juridica deve fazer parte da lei material. Daqui a substantividade da disposição do art. 21, que manda fazer a inscripção das associações no registro do *Amtsgericht* competente. Esta inscripção é da substancia do direito, e é tambem a prova da juridicidade da pessoa civil.

Mas tambem *prova* é instituto meramente de direito adjectivo ou formal; e assim se entende quando se considera a prova como modo de producção das provas instrumentos das relações de direito.

Então a prova entra exclusivamente no quadro das leis de processo. Neste sentido, nos parece fóra de duvida desacertarem os codigos civis que dispõem sobre tal instituto, particularmente, como já a isso alludimos, os codigos federaes.

Estes conceitos transparecem de todos os escriptores que estudam a materia por nós explanada nos §§ 8 e 9. Eis aqui a melhor synthese: « *In materia di* PROVE *si debbe distinguere l'ammissibilità e il valore della prova, dal modo con cui la medesima viene formata e somministrata nel giudizio.— Il diritto di fornire questa o quest'altra prova, le condizioni per le quali una determinata prova è ammessa in giudizio, il valore ossia la forza della medesima, dipendono esclusivamente dalla legge vigente nel tempo in cui ebbe luogo il fatto che si tratta di provare.— Invece la forma colla quale la prova deve essere fornita nel giudizio dipende dalla legge imperante al tempo nel quale la medesima debbe venire somministrata, salvo il caso di espressa disposizione contraria del legislatore* ». Mattirolo, *Elem. di Dir. Giud. Civ. Ital.*, 1º vol. n. 116.

Vêde mais Mailher de Chassat, *Tr. de la retr. de la loi*, vol. 1º p. 271; Dalloz, loc. cit.; Gabba, loc. cit.; Weiss, *Man. de dir. int. priv.* (Paris, 1899), pag. 628, etc. etc.

Quer isto dizer: a prova que se confunde com o proprio direito adquirido, e sobre a qual a lei nova não tem effeito retroactivo, é de direito material; a prova que exclusivamente se considera como modo de produzir em juizo aquella outra natureza de prova, e está sujeita à *lex fori* e á *lex diei*, essa é meramente de direito formal ».

Pois imaginae o que será do nosso direito material e a que ficarão reduzidas as seguranças da estabilidade e defesa das relações de direito, si alguns Estados da Republica entenderem que prova é assumpto exclusivamente substantivo ou exclusivamente adjectivo. No primeiro caso, tantas serão as violações da lei constitucional quantas as disposições estadoaes que houver sobre prova na primeira daquellas accepções; portanto, instabilidade nas relações juridicas. No segundo, chegaremos a isto, que parece absurdo: Estados sem direito processual, pois processo sem mechanismo productor de provas não é processo [66]; portanto, indefesa das relações juridicas.

---

[66] « Processo, diz Jeremias Benthan, não é outra coisa sinão a arte de administrar as provas.

Mas mesmo que a União e os Estados obedeçam, com rigor scientifico, áquella discriminação, apontae uma só vantagem que compense a inconveniencia da multiplicidade das formas de defesa de um direito identico. Supponde alguem com domicilio em dous, tres ou mais Estados, cada qual destes com lei adjectiva differente da dos outros: bemdirá elle porventura o legislador que o obriga a defender seus direitos de modos varios, com maior esforço, com o risco de perder aqui uma causa que ali ganhou, uma e outra identicas em titulo e objecto?

Nem sómente sob aquelle duplo aspecto da prova devemos considerar esta face da questão. Prova, além de ser o proprio modo de ser visivel de certas relações de direito — assim com as provas chamadas *preconstituidas* — e o meio de affirmar a existencia, positiva ou negativa, do facto *ex quo jus oritur*, tambem significa, na technica juridica, o mesmo estado psychico da certeza no espirito do juiz. Considerada sob este ultimo aspecto, em qual daquellas duas grandes cathegorias de leis devemos classificar a prova? E' a lei substantiva que deve traçar as regras pelas quaes se formará a certeza legal probatoria? ou é a lei adjectiva?

A nós parece que o assumpto entra no quadro do direito processual. Não concernindo á prova como titulo de direito, porque este tem a sua forma segura na lei substantiva, só pode ser de direito adjectivo. Podem, pois, os Estados legislar sobre elle.

Mas quando pode o juiz se dizer legalmente habi litado a julgar consoante a prova produzida? Sua consciencia basta? Preciso é que se verifique certo numero ou certa especie das provas materiaes?

Sabido é que por tres systemas radicaes se distinguem a tal respeito as legislações mais conhecidas:

a) O da livre intima convicção. O juiz tira da propria consciencia o criterio da verdade, sem estar adstricto a regras legaes; e julgando segundo a propria impressão, não é obrigado a dar conta dos meios pelos quaes se convenceu.

b) O do criterio *positivo* ou *legal*. O juiz não pondera a prova, que, tendo valor predeterminado e constante, deve ser inalteravelmente applicada pelo julgador, *ainda que lhe a consciencia dicte outra cousa*

e elle saiba a verdade ser em contrario do que no feito fôr provado — na phrase das nossas Ordenações.

c) O da *persuasão racional*. A lei preestabelece a materialidade das provas; o juiz pesa com justo criterio logico o valor das que forem produzidas na causa, e quando excluida ficar a possibilidade de duvida, julgará. Já não é a *impressão* recebida pelas provas, mas a *consciencia* por ellas formada, a regra logica da sentença.

Pois agora imaginae que sete Estados seguem o primeiro systema, outros sete o segundo e os restantes o terceiro. Quem affirmará que identicas relações de direito sejam do mesmo modo garantidas em todo o territorio da Republica? Difficil a prova aqui, mais facil ali, legalidade mais além, plena liberdade acolá — jamais poderemos ter jurisprudencia, esse *precipitado da sã razão humana em materia juridica*, no dizer de Ihering.

Para deixar de vez o direito probatorio, toquemos levemente em uma das mais interessantes faces do assumpto. Que direito deve regular a materia das presumpções — o federal ou o processual dos Estados? Em nota ao citado § 122 da nossa *Theoria do Processo Civil e Cmmercial* algo dissemos a respeito. Com Brocher [67], quando indaga qual lei, si a pessoal do estrangeiro, si a *fori*, deve ser applicada acerca da influencia das presumpções sobre a solução do litigio, vimos que este escriptor distingue entre as presumpções legaes e as chamadas *hominis*, isto é, aquellas creadas *a priori* pela lei como outras tantas affirmações logicas da verdade e as que a lei deixa á intelligencia e juizo do magistrado, para sujeitar as primeiras á lei do contracto e as segunda á lei do fôro. Laurent, porém [68], equipara as presumpções ás testemunhas, e, portanto, como seria logico, a qualquer outra especie de prova, e decide segundo os principios geraes: a admissibilidade da prova se rege pela lei do contracto, e tambem a extensão da respectiva força probante. « *Les présomptions*, diz elle, *décident le procès aussi bien que les témoignages. Donc les parties, en*

---

[67] *Nouv. traité de dr. intern. priv.* pag. 291.

[68] *Dr. civ. intern.*, VIII, 88.

contractant, doivent compter sur les uns comme sur les autres, les deux preuves se confondant. « E' deste parecer Weiss, como se vê do seguinte trecho: « *Avant d'apprécier les présomptions invoquées, de décider si elles sont graves, précises et concordantes, il faut que le juge sache si les plaideurs ont le droit d'y recourir, et ce point ne peut être résolu que par la loi qui préside à la determination du fait juridique à prouver.*» [69]

Ramponi assim se exprime:

« *O direito probatorio civil* é a parte do *direito judiciario* que determina com que *meios* e com que *fórmas* » se provam os factos judicialmente debatidos. Daqui a necessidade de distinguir no direito judiciario a parte que concerne aos *meios* de prova, quanto á sua essencia, ás suas modalidades, ás condições de admissibilidade, ao valor, aos effeitos, e essa é regida pelo direito civil, e a parte que se refire as *fórmas*, isto é, aos modos em que se produzem as provas em juizo, e essa é regulada pelo codigo do processo civil.

« Pela distincção formulada por Bentham de *leis substantivas* e *leis adjectivas*, as provas entram na segunda cathegoria. Mas esta distincção, elementar e doutrinalmente inexpugnavel, não impede que em materia de provas a lei escripta separe, com criterio positivo e praticamente vantajoso, as *normas essenciaes* das *fórmas processuaes*. Si as *provas* diante dos *direitos* são a parte adjectiva diante da substantiva, na materia mesma das provas temos uma parte adjectiva fornecida pelas *formas processuaes* respectivamente á *substantiva*, fornecida pelas *normas essenciaes*. « *Queste dunque attenendosi direttamente ed immediatamente al « fondo del diritto », hanno posto naturale nel codice civile.*» As outras entram no codigo do processo.

E depois de reiterar esta licção vulgar, accrescenta o autor da *Teoria delle presunzioni*, que estas escapam a qualquer mechanismo processual. « Os factos, diz elle, a que umas são attribuidas ou de que são tiradas as outras, devem ser directamente provados conforme as *regras* do codigo civil e as *fórmas* do de processo;

---

69 *Man. de Dr. intern. privé*, pag. 630.

mas logo que sejam demonstrados, a presumpção que delles deriva por força de lei ou por virtude de raciocinio, è um argumento ideal, que, como bellamente se disse « não se organisa sob o imperio da forma.» [70] Eis a razão por que a materia das presumpções é regulada pelo codigo civil. Pertence unicamente ao *direito probatorio substancial,* e escapa do *formal,* isto é, do *processo* no sentido stricto ». [71]

Pois bem: si estes conceitos da sciencia juridica forem diversamente comprehendidos pelos legisladores estadoaes, haverá unidade, mesmo substantiva, em nosso direito? Si algum Estado entender que tem competencia para crear e definir presumpções, terá fatalmente creado, não instrumentos formaes de prova sómente, sinão tambem modos de ser visiveis de novas relações de direito, o que equivale a crear novas regras de direito. Sim; porque si muita vez a *presumpção,* no dizer de Ramponi, é *uma fórma escolhida pelo legislador para exprimir um conceito juridico,* crear ou definir presumpções será muita vez exprimir uma regra de direito.

Eis ahi como, em um dos pontos mais importantes da jurisprudencia, estamos a pisar sem firmeza, expostos á maxima subversão do direito constitucional.

46. Outro delicado aspecto das incertezas do nosso direito actual, opportunidade para vacillação das relações juridicas, é este: As leis federaes existentes conteem, repetidamente, regras processuaes — estas regras obrigarão em toda Republica? Será licito aos Estados considerar derogadas taes leis em tudo quanto respeita ao processo, e estabelecer processo differente? E qual será o criterio da discriminação derogatoria?

Esta serie de interrogações denuncia difficuldades de subida monta, deixando latentes graves perigos para a segurança das relações de direito, sem minima vantagem do direito nacional.

Exemplifiquemos.

---

[70] Esta phrase é de Mancini, Pisanelli e Scialoja, *Com. al Cod. di Proc. civ.* III n. 443.

[71] Ramponi, obr. cit., pag. 11.

O Reg. n. 737 de 25 de novembro de 1850, que o Governo Provisorio da Republica, pelo Dec. n. 763 de 19 de setembro de 1890, mandou applicar ao processo, julgamento e execução das causas civis em geral, é lei substantiva e adjectiva simultaneamente. Com flagrante excesso da propria rubrica (*sic*) — Determina a ordem do juizo no processo commercial — no art. 19 define o que sejam *actos de commercio ;* no art. 64 prescreve que a *obrigação* nascida do fôro do contracto passa para os herdeiros, successores e cessionarios ; no art. 92, não obstante accrescentar que a identidade das relações constitutivas da *coisa julgada* será regulada pelo direito civil, indica que tal identidade se prende á coisa, á causa e ás pessoas ; em materia de prova contém disposições de puro direito material, como quasi toda a parte relativa aos *Instrumentos*, á *Confissão*, ao *Juramento* e ás *Presumpções;* em materia de nullidades, chega a prescrever varias regras referentes á nullidade dos contractos, de caracter rigorosamente substancial, como no art. 690 — a nullidade do instrumento não induz a nullidade do contracto, quando o mesmo instrumento não é da substancia delle — ; em muitos outros se contém materia e não fórma de relações de direito. Si mais uma vez justificado ficou o brocardo — *rubrica non facit fidem* — mais uma vez tambem ficou prejudicada a pureza dos principios.

Pois bem: si o poder legislativo dos Estados tem competencia para não mais observar o Reg. n. 737 e decretar por completo a lei que haverá de *determinar a ordem do respectivo juizo* — e esta these parece inobjectavel — que ficará sendo daquellas disposições ?

Eis agora nova questão:

— A forma das acções prescriptas naquelle Regulamento obriga em toda a Republica ?

Já se vê que, ao menos em nosso parecer, o qual incontestavelmente se apoia no systema constitucional, não póde a negativa ser posta em duvida.

Portanto, licito é a este ou áquelle Estado abolir a acção decendiaria para as lettras de cambio ou qualquer dos titulos enumerados no art. 247 daquelle Reg., dar outra fórma ás acções de deposito ou de

penhor, ás de seguro, de soldadas &, &. Como consequencia logica do principio dominador do systema, tambem poderão os Estados abolir ou modificar o processo do arresto ou embargo, abolir ou modificar as acções executivas, abolir ou modificar o processo das acções preventivas, das habilitações, das execuções de sentença, dos recursos, das nullidades de processo, modificar o processo do protesto de lettras e titulos, e quantos mais institutos concorrem no systema da defesa dos direitos.

Tirae agora as consequencias praticas desta desintegração juridica...

Outros exemplos.

Todo o Dec. n. 720 de 5 de Setembro de 1890 foi promulgado sob intuito exclusivamente adjectivo: *regular o processo da divisão e demarcação das terras do dominio particular, de modo a simplifical-o sem prejuizo das formulas substanciaes garantidoras dos direitos das partes e poupando a estas muitas despezas e delongas, resultantes das viciosas praticas do fôro.* Qualquer dos Estados federativos pode, portanto, não ter em minima conta aquelle regulamento, de modo que poderá haver tantas formas de processo de divisão e demarcação de terras do dominio privado quantos são os Estados. Que fortuna para o direito nacional!

Mesmo aquelle Dec., a despeito da rubrica e de seu expressivo preambulo, contem disposições de direito substantivo. Por exemplo: o art. 55, dispondo que os confrontantes do immovel commum são extranhos ao processo divisorio; art. 57, definindo até o que sejam bemfeitorias; art. 37, derogando o systema geral de direito, segundo o qual as questões de dominio suspendiam o curso das acções divisorias. Quanto valerá tudo isto diante da competencia legislativa estadoal?

E os decretos sobre Fallencias, sobre Sociedades Anonymas, sobre Regimen Hypothecario, até onde são leis substantivas?

Por exemplo, e só superficialmente.

As leis processuaes dos Estados podem ou não dispôr livremente sobre a curadoria das massas fallidas? sobre o processo da arrecadação? sobre a organisação e funcções dos syndicos? Sem duvida que podem.

Podem ou não podem legislar sobre o processo de liquidação forçada das sociedades anonymas? Tambem sim.

Podem ou não alterar a ordem do serviço e o processo do registro hypothecario, quaes os criou o Dec. n. 370 de 2 de Maio de 1890? Tambem parece indiscutivel a affirmativa.

Mas então, o direito brasileiro será nova teia da esposa de Ulysses: este Estado desfará num dia o que aquelle tiver feito na vespera. O proprio Dedalo não fôra capaz de se orientar nesta moderna Creta.

A propria acção executiva, com que a Reforma do Governo Provisorio protegeu os creditos hypothecarios, pode ser substituida por lei estadoal. Não influindo na substancia da relação de direito, quer em potencia, quer em movimento judicial, a forma da acção é assumpto puramente adjectivo. Tambem na preferencia e na sequela é que estão os elementos organicos da hypotheca, e estes podem ser defendidos por qualquer forma de acção. Pois supponha-se que alguns Estados prescrevem a acção ordinaria, quantitativa e morphologicamente ainda mais apparelhada do que a do Reg. n. 737; que, considerando a materia da adjudicação como meramente processual, e abolindo o leilão após a terceira praça no processo das execuções, faz resurgir a adjudicação forçada do velho direito — que triumpho para o direito patrio, ver o credito aqui de todo retrahido, ali a se espandir nas seguranças e facilidades de lei menos formalisada ou mais garantidora dos interesses do creador!

Nem se pretenda, como temos ouvido e lido, que no direito hypothecario, como no das fallencias, possivel não é separar a lei substantiva da adjectiva; que os Estados estão obrigados a observar *in totum* taes leis ou outras de indole semelhante.

Mas porque? e a logica? O assumpto envolve materia de direito ou ponto processual? Eis todo o problema. Si é de processo, o mesmo que rasgar a Constituição valeria quanto se pretendesse contra o direito dos Estados na construcção inteira do seu direito judiciario.

E a logica impõe que levemos até as ultimas consequencias o systema constitucional. Si podemos

affirmar que nenhum Estado abolirá do processo a citação, não é porque houvesse nisso violação d'algum preceito constitucional, mas porque a simples razão não concebe possivel processo algum sem esse acto inicial, até porque a idéa de processo presuppõe necessariamente a de discussão, e é sem duvida que o credor não poderá discutir com o devedor sem o chamar a juizo. Mas, porque contestar aos Estados o poder de crear o processo, *verbi gratia*, sem replica e treplica ou sem razões finaes ou sem excepções ou sem appellação ou sem aggravo ou sem carta testemunhavel, ou o poder de reduzir ou espaçar as dilações, ou de retirar da reconvenção o privilegio de caminhar *pari* e *passu* com a causa principal, ou de facultar francamente a excepção de dominio nas acções possessorias, ou de voltar ao systema da conciliação obrigatoria, ou de reduzir a uma ou duas as praças nas execuções de sentença, ou de crear o juizo arbitral forçado, ou de abolir de todo os traslados e, portanto, de dar a qualquer recurso e sempre o effeito suspensivo, emfim, imprimir ao processo o movimento que entenderem? Basta inverter a pergunta: Poderá o Congresso Nacional decretar leis de processo civil, commercial e criminal para vigorarem nos Estados? Ninguem dirá que sim. Logo, si só os Estados teem competencia para construir o direito processual, e todos aquelles actos entram indubitavelmente no quadro do processo, fóra de duvida é a competencia delles em todos aquelles pontos. O que disse Hamilton a respeito das verdades primarias de qualquer sciencia, e o referimos no n. 18, tem parallello no que a cada passo dos seus *Elements of Political Economy* proclamara Macleod acerca das consequencias de qualquer systema: que si uma só daquellas não se puder enquadrar no systema adoptado, é que o raciocinio foi falseado ou pela logica ou por vicio de observação.

Não será por certo o nosso raciocinio que achareis em falta, sinão o daquelles, que fazendo da Constituição politica da Republica amplissimo cadinho a fundir nebulosas distincções e soporiferas subtilezas de philosophos e rabulas, especie de corpazil metaphysico, chegam a reduzil-a a coisa irreconhecivel, como aquelle pescador da Beocia, que se chamou Glauco.

CAPITULO IV

Unidade da Magistratura

47. Pergunta o Instituto:

a) Si a forma federativa exige, mesmo tendo sido mantida a unidade do direito material, a dualidade parallela da Justiça Federal e das Justiças dos Estados;

b) Si no systema da dualidade, qual foi adoptado, as justiças locaes são absolutas nas decisões sobre materia de sua competencia, ou si estão sujeitas, e dentro de que limites, á revisão do Supremo Tribunal Federal.

Como se vê, profundamente distinctas são as duas questões. Uma theorica ou abstracta, a outra pratica ou concreta. A primeira é *de jure constituendo,* a segunda, *de jure constituto*. Naquella, teremos de vêr se andaram acertadamente os nossos constituintes, creandoum direito só, mas exposto a vinte e dous meios de viver; nesta, o que é que definitivamente elles fizeram.

Vamos, pois, estudar:

I. O que devia ser a magistratura na Republica.
II. O que é a magistratura na Constituição.

Questões independentes, serão tractadas em secções distinctas.

SECÇÃO I

A magistratura na sciencia

48. Em seu formoso capitulo *La libertad de Códigos e la unidad de legislación*, o já citado Barraquero escreveu uma phrase de profunda sabedoria, só por si bastante para patentear um dos mais perniciosos erros dos nossos constituintes.— A meu vêr, diz elle, erronea é a geral crença de que a unidade da legislação substantiva desfigura o federalismo argentino [72] — cujo systema, como já vimos, é semelhante ao nosso.

---

[72] Obr. cit., pag. 153.

Mas, si a unidade da lei material não desfigura o federalismo, por que haveria a unidade da magistratura de o desfigurar? Não teria sido mera phrase de effeito partidario, opposta á tyrannia de Rosas, isto que escreveu José M. Estrada, um dos mais estimados constitucionalistas argentinos, em sua *Politica Liberal*: que a faculdade, conferida ao Congresso Nacional, para elaborar os codigos civil, commercial e penal *es una facultad insolita en los gobiernos federales y que inutiliza en gran parte esta fecunda combinación politica y bastardea la naturaleza del sistema federal?* Que é sem duvida não passar de outra coisa, estamos a demonstrar desde as primeiras linhas deste nosso desalinhavado trabalho.

Mas então, si o poder que legisla sobre o direito nacional é um só, e um só o poder que assegura a execução integral das leis nacionaes, por que principio ou suggestão logica multiplo deverá ser o poder que applica a lei unica, cuja execução integral tambem a um só poder compete?

Excellentemente ensina o principe dos publicistas positivistas, o eminente Lastarria: «As prerogativas do poder judiciario devem ser proporcionadas ao objecto capital de sua funcção, que é a rectidão nas decisões, fundada sobre stricta *fidelidade* á Constituição politica do Estado e *ás leis communs, provendo ao mesmo tempo á celeridade, á economia e á simplicidade no processo,* como a outras tantas circumstancias subordinadas ao objecto principal. A competencia judiciaria do Estado deve ser *universal no sentido de se extender a qualquer genero de negocios e a todas as pessoas,* sem privilegios nem direitos especiaes, e sem tribunaes de excepção que se distinguem do regimen commum.»

Logo, si as nossas leis são communs a todos os Estados, e o poder judiciario, onde quer que esteja representado, a ellas deve stricta fidelidade; si tambem lhe incumbe prover á celeridade, á economia e á simplicidade na administração da justiça, e não ha por que taes attributos do processo devam variar entre os Estados, para que se apurem neste e se relaxem naquelle; si sua acção se extende sobre qualquer relação de direito e ninguem póde della se isentar; si tudo assim se engrena no mechanismo judiciario, si tudo no Brazil é harmonico, unido, cohesivo—leis e

direitos, natureza e homens — por que se haverá de dividir o poder judiciario? E si a justiça, como todo conceito universal, é uma e sempre identica, por que haveremos de ter duas justiças?

Que profunda desharmonia onde mais a unisonancia devia ser completa e pura! Um só e identico é o direito no Rio de Janeiro, no Ceará, ou em Goyaz; mas a justiça, que é o direito applicado, essa poderá ser uma em Goyaz, outra no Ceará e ainda outra no Rio de Janeiro.

E por que procurar alhures a causa desta molestia moral, que a todos actualmente afflige? Sem unidade na justiça, que paiz escapará da corrupção? A justiça é o sangue social; os orgãos do poder judiciario são as arterias e veias que o distribuem pelo paiz inteiro. Pois bem: desintegrae o systema arterial e venoso — ligae uma veia que seja — e a molestia, porta escancarada á morte, vos mostrará quanto vale a unidade organica animal. Por que não ha de ser assim com os distribuidores da justiça? Embaraçae, em um só dos Estados que seja, a integral circulação daquelle humor moral, e vereis o que será feito da justiça brazileira.

Deverão, por acaso, contra tão grave perigo nacional, prevalecer as ciosas insufflações das autonomias locaes? Mas já não ficou constitucionalmente assentado que a unidade do direito material cumpridamente respeita aquellas autonomias? E que razão haverá para se distinguir no poder judiciario o que se não distinguiu no legislativo?

Está na indole da democracia republicana, se diz, desdobrar tão fartamente a justiça, que esteja ella sempre á porta de cada habitante da cidade. *To bring justice down to every man's door* — dizia o chanceller Fortescue. [73]

Mas que vale, no problema que se discute, semelhante ponderação, desde que o poder judiciario da Republica estaria sempre vigilante em cada porção do territorio nacional? Puro assumpto de detalhe, a que a organisação judiciaria proveria como melhor conviesse, não póde ser argumento contra os primeiros principios do direito judiciario.

---

[73] Blaeckstone, *Commentaries* III, 4.

Falle ainda uma vez o illustre deputado Amphilophio:

« Não, meus senhores, esses juizes, esses tribunaes, orgams da nossa dualidade judiciaria, não podem ser os guardas da unidade do nosso Direito, dessa grandiosa unidade que é, depois da lingua, no dizer de Bismarck, o laço mais forte da unidade nacional. »

49. Não é sómente sob o aspecto politico que se patenteia a necessidade de não dividir o poder judiciario, mesmo nas republicas federativas. A sciencia do direito assim tambem exige.

50. Si rigorosamente a forma da acção não influe na substancia das relações de direito, si é certo que, abolido o homogeneo systema do formalismo processual romano, se tornou hoje, por completo, indifferente o nome mesmo da acção; si a legenda que Ihering queria gravar sobre o portico do direito antigo — *In principio erat verbum* — não teria hoje nenhuma razão de ser ; é, entretanto, irrefutavelmente certo que entre a relação de direito litigiosa e a acção tendente a garantil-a, deve haver affinidade tão estreita quanto é intima a dependencia que sujeita o meio ao fim. E este é o proprio conceito primigenio do direito, com o qual o sabio auctor do *Combate pelo Direito* abriu o seu vigoroso opusculo: « O direito é uma idéa pratica, quer dizer, indicadora de certo fim, e toda idéa de tendencia é de necessidade dupla, pois essencialmente encerra uma antithese — o fim e o meio. Effectivamente não basta indicar o fim ; devemos ainda fazer conhecer o caminho que a elle leva [74] ». E si a acção é o caminho que conduz ao goso estavel do direito, é bem de vêr a imprescindivel subordinação em que o credor está de não procurar caminho errado, ou como dissemos em outro logar [75], de adaptar a relação de direito de que se diz titular lesado, effectiva ou imminentemente, á acção que lhe corresponder.

Por isso ali firmámos a seguinte these, como conceito cardinal do direito judiciario — que a especie da

---

[74] Ihering, *Der Kampf um's Recht*, p. 1.

[75] *Theoria do Proc.*, 1.º vol. p. 106.

acção ajuizanda depende da natureza subjectiva ou objectiva da relação de direito violada — these que, de resto, assenta sobre a propria idéa primordial de acção, que sendo o *jus persequendi in judicio* QUOD *sibi debetur* — para ser conveniente e efficazmente exercida precisa de se adaptar ao *quod* da definição.

Ora, se o direito substantivo é identico em toda a Republica, e por isso identicas tambem devem ser, como demonstrámos no anterior capitulo, as acções tendentes a garantir as mesmas relações de direito, porque razão sómente variará a constituição do poder encarregado de declarar definitivamente o direito? Já dissemos, que para fins identicos, meios identicos, só faltava dizer — e por movimentos identicos.

Eis ahi mais uma vez, *semper et ubique*, o conceito fundamental da unidade, que é a condição da harmonia e da ordem.

31. Não se objecte, que indifferente é o systema da machina si, como todas as machinas, esta ou aquella produz o objecto desejado.

Em principio assim é; mas não haverá, quanto ao resultado, machinas superiores a outras? Incontestavelmente. Portanto, si a justiça deve ser tão correctamente distribuida no Pará como em Santa Catharina, nada justifica que a organisação judiciaria de um Estado seja superior á de outro, de modo que a justiça mais se apure em um do que nos outros.

Ora, ninguem contestará que o modo da organisação do poder judiciario influe na intensidade da respectiva garantia. Aliás, porque se empenhariam publicistas e legisladores em renhidas controversias sobre o assumpto, sempre na ordem do dia, sempre tão vivas, que chegam a discriminar partidos politicos?

— Qual o melhor systema de investidura nos primeiros gráos das funcções judiciarias?

Eis aqui problema que até hoje desafia polemicas interminaveis. Qual será?

O melhor, difficil será dizer qual seja, porque mesmo o do concurso, que tão justamente preconisado é, está exposto a facil deturpação. Si, como em 1876 dizia o venerando senador Nabuco, o concurso tem o grande merito de arredar *in limine* os absolutamente incapazes, tal sentença só passará em julgado onde, como no Estado de S. Paulo, a lei houver

dado ao concurso fortes elementos de seriedade, e quando de todo se annullar a influencia dos partidos politicos.

Venia para mais uma vez nos reproduzirmos:

« Attenda-se para o processo que aos concursos assignou a L. n. 18 de 21 de Novembro de 1891, que ao lado de uma commissão examinadora altamente respeitavel, superior a suspeições, constituida de elementos independentes entre si [76], lhes deu austera forma scientifica, capaz de seduzir as aptidões aproveitaveis e de arredar os inhabeis [77], e convirão afinal em que, dentro de alguns annos, a magistratura paulista honrará a Republica. Sejam effectivamente serios os concursos, e as portas da magistratura ficarão fechadas ás nullidades insuffladas pelo bafejo das auras politicas, solitamente impulsionadas por interesses eleitoraes. » Mas quando deixarão de ser ouvidos os interesses eleitoraes?

E porque nunca, é que nenhum systema se avantaja, em perigos e inconveniencias, ao da eleição. Tudo quanto póde corromper caracteres e principios, elevar nullidades e suffocar aptidões, amesquinhar o que é grande, deformar o que é bello, mordomar o que deve ser soberano, pustular o immaculado — tudo póde a eleição pupular.

Pois imaginae que este Estado organisa o seu poder judiciario nos mais correctos moldes do systema do concurso. Em cada magistrado tem um jurisconsulto. De tal modo afastou a acção do executivo, que entre a magistratura e o governo passa completa independencia. A conhecida apostrophe de Voltaire — Vi a justica de um lado, mas os juizes do outro! — nem sentido ali teria. Imaginae agora que aquelle outro Estado poz nas urnas eleitoraes a no-

---

[76] Essa commissão se compõe de cinco membros: o Presidente do Tribunal de Justiça, como presidente do acto, e quatro examinadores: um juiz de direito, nomeado pelo Tribunal de Justiça, um advogado, eleito pelos advogados da Capital, e outros dous nomeados pelo Presidente do Estado, preferindo membros do magisterio superior — cit. L. n. 18, art. 22.

[77] Pelo art. 23 daquella lei as provas do concurso são tres: escripta, oral e pratica; e versarão sobre o direito constitucional da União e do Estado questões theoricas e praticas de direito criminal, civil e commercial, leis organico-judiciarias e theoria e pratica do processo.

meação dos seus juizes. Ponderae ainda, que dizer eleitor é quasi o mesmo que dizer commissario dos partidos politicos; e sem esquecer que o partido em maioria é sempre o partido do governo, havereis de concluir que o juiz ali será cretura sempre dependente da politica dominante. Como em Roma, não achareis ali, sinão sophismada, sinão deturpada, a separação da justiça dos outros poderes do Estado. Aquelle mil vezes repetido soretes do senador Nabuco ha de ser eternamente verdadeiro onde quer que a eleição não seja a expressão pura da verdade incorruptivel. Mas em que parte se aclimará essa preciosissima raridade?

Nem ha nada mais fallaz do que o sentimento dos que, como até o proprio Jeremias Bentham, o chefe do utilitarismo judiciario, vêm na magistratura electiva mera dependencia logica da democracia republicana. Não ha tal dependencia, nem philosophicamente, nem historicamente.

Na historia, sem necessidade de pedir lições á França, onde não se conhece essa desgraça social, nem á Suissa, onde só nos cantões de Uri e Unterwald vigora puramente o systema da eleição popular, nem aos Estados Unidos do Norte, onde em varios Estados é o povo absolutamente extranho á escolha dos magistrados, e onde já se manifesta vivissisimamente a propaganda no sentido de abolir por completo a eleição judiciaria, basta que consideremos o Brazil, onde ao tempo da monarchia eram os juizes de paz eleitos directamente pelo povo, ao passo que hoje são no districto federal nomeados os pretores pelo governo e raro é o Estado que houvesse mantido aquelles juizes populares. No Estado de S. Paulo, cuja Constituição os manteve, não tardou a vir o arrependimento de assim se haver feito.

Racionalmente, que póde haver de commum entre a justiça e a eleição popular judiciaria? Na dedicatoria de seu livro *Lo Stato moderno e la Giustizia*, escreveu Lodovico Mortara esta phrase, de bellissima felicidade: «A Justiça é a pedra angular sobre que se edifica a prosperidade de uma nação, como a virtude é o seguro alicerce da felicidade de uma familia». Entretanto, por maior que seja a urna eleitoral, é sempre mesquinha e sordida para poder dar entrada ao grandioso sentimento da justiça. Nas exaggerações

democraticas está o perigo maximo das democracias. Sob esta impressão, jurariamos fidelidade ao proprio Guizot, quando, logo após a eleição de Luiz Napoleão á presidencia da Republica, pungentemente flagellou a democracia. [78] Nada de cultos idolatras. A sciencia e a verdade, postas em evidencia pela irresistibilidade dos factos, sejam as unicas forças orientadoras da politica nacional, e a nossa democracia triumphará de quaesquer estorvos.

E agora pergunto: haverá verdadeira justiça nacional onde assim tão desharmonicamente forem organisados os orgãos locaes do poder judiciario, que afinal é um em essencia, pois que duas justiças é cousa inconcebivel?

52. Ainda sob outro aspecto, dado o systema da divisão do poder judiciario em federal e dos Estados, poderá variar de garantias a administração da justiça na Republica, o que quer dizer, que na Republica brazileira o conceito da justiça não é identico em cada porção do seu territorio.

E' hoje principio incontroverso da politica judiciaria, que nestes dous esteios — vitaliciedade e inamovibilidade — assenta a completa e segura independencia do poder judiciario. Quem não se recorda do discurso de Royer-Collard na camara franceza, em 1815, quando o desastre de Waterloo parecia ter inteiramente mudado a face do mundo politico? O juiz temporario e amovivel será apenas um homem incapaz de resistir ás paixões, sujeito ao medo e á esperança, accessivel ás irrupções do odio, como ás suggestões do interesse. Não realizará o que

---

[78] « Oui, dizia o velho estadista, tant que nous resterons dans le chaos où nous sommes plongés, au nom et par le culte idolâtre de la democratie ; tant que nous ne verrons dans la société que la democratie, comme si elle y étoit seule ; tant que nous ne chercherons dans le gouvernement que la domination de la democratie, comme si elle avait seule le droit et le pouvoir de gouverner. A' ce prix, la république, comme la monarchie constitutionelle, l'empire, comme la république, tout gouvernement régulier est durable est impossible. » Vj. cit. Mortara, p. 39.

« A democracia assim flagellada por Guizot, diz o illustre professor Pisanc, não é a verpadeira democracia, mas a que, assentando na cega preponderancia do maior numero, se faz tyrannia, ou, na habilidade de um ambicioso, se faz instrumento do cesarismo. » E por que as nossas eleições não passam do mais afinado destes instrumentos, é que queremos dellas livrar, ao menos, o poder judiciario.

Bacon queria que todo magistrado fosse — *anchora legum*.

Entretando, nada garante que taes principios, que no art. 47 da Constituição de S. Paulo tivemos a fortuna de escrever, com a declaração explicita de serem de ordem constitucional, sellem com este caracter a organisação judicial federal e de todos os Estados. Assim a Constituição Federal, em seu art. 57, firma apenas a vitaliciedade dos juizes federaes, mas nada diz sobre a inamovibilidade. Tambem a do Pará só se refere á vitaliciedade (art. 42). A da Bahia, si no art. 75 prescreve igualmente o mesmo principio, no § 2º daquelle artigo dispõe que os juizes de direito podem ser removidos de umas para outras comarcas, *nos casos, tempo e maneira que a lei determinar* — o que deixa larga porta aberta ao arbitrio dos legisladores ordinarios, arbitrio que outras constituições limitaram, como a do Espirito Santo (art. 56), aos casos em que a permanencia do juiz, mediante decisão do Tribunal de Justiça, se torne inconveniente á ordem publica na comarca, e a de S. Paulo (art. 47 n. 2), explicada pelo art. 33 da L. da Organisação Judiciaria, n. 18 de 21 de novembro de 1891, *ibi*: «Os juizes de direito só poderão ser removidos: *a*) A pedido seu, quando requeiram passar para alguma comarca vaga, ou permutar as respectivas comarcas e não haja, em qualquer dos casos, inconveniente para o serviço publico, a juizo do Governo, sobre informação do Tribunal de Justiça, discutida e votada em sessão secreta. *b*) Por proposta do Tribunal de Justiça, discutida e votada em sessão secreta e approvada pelo Senado, quando se verificar a impossibilidade da permanencia do magistrado na comarca, em virtude de circumstancias graves, que possam comprometter a Justiça publica ou a segurança individual.»

E' verdade que as outras constituições consagram expressamente aquelles dous principios; mas, não só poderão ser algum dia reformadas como.... até revogadas, como qualquer constituição de algum *Juiz de Paz da roça*. Foi o que aconteceu no Ceará, e o mostrámos na nota 2ª ao § 45 da nossa *Theoria do Processo*, onde ficaram apontadas grosseiras violações da respectiva lei constitucional. Pois si o Congresso ordinario daquelle Estado, reformando a organisação

municipal, declarou explicitamente, pela lei n. 264 de 26 de setembro de 1895, REVOGADA NAQUELLA PARTE A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO ! [79]

E pergunto mais : ha ou não ha duas justiças brazileiras ? O direito no Ceará vale tanto quanto em São Paulo ?

---

[79] Sob o titulo *Anarchia Judiciaria*, a *Gazeta de Noticias*, de 30 de agosto do anno passado, publicou na parte editorial o seguinte :

« Não ha muitos dias transcrevemos da importante obra do Dr. João Monteiro, sobre theoria do processo civil ec ommercial, uma nota, em que o distincto professor classificou de impudentissimo abuso as leis ordinarias votadas pelo Congresso do Ceará, revogando as disposições constitucionaes que garantiam a vitaliciedade, a inamovibilidade e a antiguidade do exercicio para as promoções aos magistrados.

Pois bem, já este anno foi votado outro projecto de lei (a) pelo mesmo congresso, dispensando a proposta do Tribunal da Relação para as nomeações; e, agora, foi apresentado mais o seguinte projecto n. 46 :

« A assembléa legislativa do Ceará resolve :

Art. 1.º Os juizes denominados substitutos passarão a denominar-se municipaes, em todos os termos do Estado, excepto no da capital.

Art. 2.º No termo da capital, os juizes substitutos serão exclusivamente preparadores nos processos por crimes communs, competindo a pronuncia ao juiz de direito respectivo, com recurso voluntario para a Relação.

Art. 3.º O numero de desembargadores passará a ser de cinco (b), inclusive o presidente ; para o que não serão preenchidas as duas primeiras vagas que se derem no tribunal (*c*); e desde já fica supprimida uma das duas varas de direito, designando o presidente do Estado uma comarca, onde tenha exercicio um dos actuaes.

Art. 4.º Funccionarão exclusivamente nos casamentos os juizes de direito nas sédes das comarcas, sendo substituidos nas suas ausencias pelos juizes municipaes respectivos, e funcc onarão nas sédes dos demais termos os juizes municipaes ou supplentes em exercicio.

Art. 5º Só em casos provados de necessidade se effectuarão casamentos fóra da séde do termo e em logar que não seja a camara ou das audiencias, isto, no emtanto, precedendo licença dos juizes de direito, sujeita ao sello de quatro mil réis.

Art. 6.º Salvo no termo da capital, servirá nos casamentos e registros o primeiro tabellião do termo e nas sédes das comarcas aquelles a cujo cargo estiver o registro geral.

Art. 7.º Sempre que o juiz e escrivão tiverem de transferir-se para casas particulares afim de funccionarem em casamentos, seja na séde do termo ou fóra della, perceberão as custas marcadas no regulamento respectivo para diligencias judiciaes.

Art. 8.º Revogam-se as disposições em contrario. »

Caso seja sanccionado este projecto de lei, será esta a sexta reforma da organisação judiciaria do Ceará. »

(a) E' a lei n. 521 de 19 de julho de 1899.

(b) A Constituição do Estado dispõe no art 79, que o Trtbunal de Justiça se compõe de sete desembargadores, sendo o seu presidente o mais antigo em exercicio.

(c) Pela lei n. 444 de 6 de agosto de 1898 o presidente do Estado ficou autorisado a aposentar magistrados de qualquer hierarchia com o tempo que contarem, e a preencher as vagas com os juizes substitutos e promotores.

Mas que vantagens haverá neste *pandemonium* judiciario ?

53. Não é tudo : a possibilidade de haver em algum dos Estados da Republica um só gráo de jurisdicção põe em serio perigo a defesa dos direitos. Si algum delles, imbuido nas rubras doutrinas de La Rochefoucault, Royer Collard, Beranger e outros convencionarios de 1790, quizer vêr nos tribunaes superiores uma especie de aristocracia judiciaria, incompativel com a democracia republicana, e os abolir ? Quem dirá que nesse Estado as decisões judiciarias se moldarão no direito objectivo com a mesma fidelidade que nos outros ? e então, onde ficará a igualdade dos direitos subjectivos ? onde a justiça ? onde a unidade nacional ?

54. De resto, these inobjectavel é esta : a dualidade da magistratura obsta a formação da jurisprudencia. Pluralidade de leis adjectivas, disparidade de organisações judiciarias, que mais seria possivel inventar para que melhor e mais seguramente se obtivesse este tristissimo resultado : não haver jurisprudencia patria ? Quem diz jurisprudencia, diz unidade de doutrinas, unidade de juizos, unidade de direito, unidade de justiça ; pois bem : no Brazil tudo poderemos ter, menos essa força moral que mais engrandece as nações, esse polido espelho em que se reflecte a propria existencia nacional, esse invencivel poder que de Athenas e de Roma, duas cidades apenas, fez dous mundos de civilisação e valor.

55. O tempo urge e é improrogavel. Conpendiemos, portanto. O que a sciencia impõe como condição da melhor magistratura, não póde ser cousa diversa da que exige para a realidade do direito nacional. Portanto, si este só é possivel mediante o principio da unidade na substancia e no processo, desintegrar a magistratura, que ha de applicar aquella unidade, é a mais grosseira das desconformidades imaginaveis.

SECÇÃO II

A Magistratura na Constituição

Adoptada, porém, a divisão da nossa magistratura em federal e dos Estados, qual o circulo da acção de cada uma dellas ? Dentro em que limites são indepen-

dentes as justiças estadoaes? Si esta independencia não é absoluta, até que ponto estão sujeitas á justiça federal?

Todas estas theses, contidas no presente numero do *Questionario* do Instituto, teem sido tão reiterada e uniformemente resolvidas pelo Supremo Tribunal Federal, que todas ellas afinal bem se podem transmudar nesta unica :

— E' a melhor a interpretação que o Supremo Tribunal Federal tem dado ao art. 59 § 1º da Constituição?

Este artigo, taxando os casos em que ha recurso, para aquelle Tribunal, das sentenças definitivas das justiças dos Estados, enumera os dous seguintes :

a) quando se questionar sobre a validade ou applicação de tratados e leis federaes, e a decisão do Tribunal do Estado fôr contra ella ;

b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do Tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas.

Além destes, mais dous enumera o art. 61, a saber: quando se tratar *a*) de *habeas-corpus* ou *b*) de espolio de extrangeiro, não estando a especie prevista em convenção ou tratado.

Fóra disto, e nas palavras do art. 62—a *justiça federal não póde intervir em questões submettidas aos tribunaes dos Estados, nem alterar, annullar ou suspender as decisões ou ordens destes.*

Mas então, si assim expressas e claras são as disposições constitucionaes a respeito, donde vem a duvida? E' que, infelizmente, poucos brocardos de direito ha tão falsos como o estafadissmo *in claris cessat interpretatio.* Professores, magistrados, advogados nem sempre convergem unanimemente na necessidade primaria da hermeneutica—que ninguem póde lêr a lei de modo que se siga cousa differente do que está nella escripto. E é o que se tem feito a proposito daquelle art. 59 § 1º, especialmente em sua letra *a*).

Qual é o verdadeiro sentido desta disposição?

E a esta mesmo reduzindo a controversia, nada diremos da letra *b*), que de resto é de evidencia intuitiva.

57. Em nosso obscuro parecer, qualquer que seja a distancia em que fique a verdade scientifica e quaesquer

que possam ser os inconvenientes praticos que disso defluam, a jurisprudencia do Supremo Tribunal é a unica que se emparelha com o systema da Constituição Federal.

Quatro vezes já subimos até o Tribunal Supremo da União em defesa daquelle artigo. Nos recursos n. 117 de José Ferreira dos Santos v. J. N. de Carvalho & C^a., n. 122 de José Venancio Villas-Boas v. Antonio Joaquim do Nascimento, n. 109. de Gaffrée, Guinle & C. v. Antonio José Gonçalves Villas Boas e no de Antonio Aleixo da Silva v. a Companhia Paranapanema. Em todos elles impugnámos o recurso por excessivo daquella disposição constitucional, e nos tres primeiros assim julgou o Tribunal Supremo. O ultimo ainda não foi julgado.

As allegações produzidas na primeira daquellas causas já publicámos na not. 8ª ao § 47 da nossa *Theoria do processo*. Entretanto, não nos vexamos com as reproduzir, pois que assim deixaremos encerrado em um só volume quanto temos escripto sobre esta moderna feição do direito nacional.

58. « — Em que casos e condições cabe o *recurso extraordinario*, referido no art. 59 § 1º let. *a*) da Constituição?

Estudaremos a these sob tres aspectos, isto é, diante:

A) da doutrina,
B) da lei, e
C) da jurisprudencia.

A)

Constitue postulado na sciencia juridica, que toda legislação perfeita se desdobra fundamenalmente em *leis materiaes* (substancia, materia organica das regras de direito ou *normæ agendæ* — *the substantive laws*, de Bentham) e *leis formaes* (porcesso, fórma do exercicio das relações de direito ou *facultates agendi* — *the adjective laws*, do famoso jurisconsulto inglez). Estas ainda se subdividem em *leis de organisação judiciaria*, ou systema das regras da creação e competencia das autoridades judiciarias, e *leis processuaes propriamente ditas*, ou systemas das formulas pelas quaes o poder judiciario

funcciona, ajustando as regras de direito ás relações de direito.

Lei — organisação judiciaria — processo — eis os tres momentos constructores da synthese de qualquer legislação perfeita.

Adoptando a republica federativa como a fórma de sua constituição politica, o governo provisorio de 15 de novembro foi desde logo lançando as bases da nova organisação constitucional, e pelo decreto n. 1 declarou que as provincias do Brazil, reunidas pelo laço da federação, ficavam constituindo Estados, cada um dos quaes, no exercicio da sua legitima soberania, opportunamente decretaria a sua constituição definitiva, uma vez que não fosse contraria á fórma republicana.

O ministro da Justiça do Governo Provisorio, um dos mais doutos e estimados próceres da Republica, era, como se tornou notorio, e S. Ex. o declarou da tribuna do Senado, decidido adepto da *legislação separada*, isto é, prégava a vantagem de ser conferido a cada Estado o poder constitucional de promulgar as leis, substantivas e adjectivas, que bem entendesse. Até se diz que o Projecto de Constituição dos Snrs. Rangel Pestana e Santos Werneck, cujo art. 63 consignava escancaradamente aquella doutrina, havia sido neste ponto inspirado por S. Ex.

Effectivamente, não estava ainda eleito o Congresso Constituinte, e já os Decs. n. 848 de 11 de outubro de 1890 e n. 1030 de 14 de novembro do mesmo anno cimentavam as bases do systema preconisado pelo illustre ministro, separando, na ordem judiciaria, as soberanias da União e dos Estados, emquanto a constituinte não o viesse consagrar em sua plenitude. Organisando, autonomicamente distinctas, a justiça da União e a do districto federal, assim se exprime o douto Sr. Campos Salles na sua *Exposição* de Janeiro de 1891, pag. 15:

> « Não ha Estado sem uma organisação judicial propria e independente, porque, como bem definiu um dos mais illustres philosophos do seculo, o Estado é a justiça constituida.
>
> « Não ha governo federal sem poder judiciario *independente da justiça dos Estados, para manter os direitos da União, guardar a constituição e as leis federaes.*

« Empenhei-me, pois, no estudo de uma organisação da Justiça federal, que garantisse o direito da União, *sem invadir a esphera do direito dos Estados*. Neste trabalho comprehendi o districto federal, que não tem legislatura propria, e as leis respectivas de processo, que devem ajustar-se ás da organisação. »

Veiu, porém, a Constituição, e (si bem, si mal, não interessa agora verificar) só em parte consagrou a doutrina do Governo. Da combinação dos arts. 34 ns. 23 e 59 a 63 ficou assentado duplo systema: unidade da lei substantiva civil, commercial e criminal, e multiplicidade da lei adjectiva. O Congresso Federal faz a lei material para toda a Republica; cada Estado faz a sua lei formal. O poder judiciario de cada Estado ficou, portanto, autonomicamente constituido, distincto e independente do poder judiciario federal.

Mas a pureza scientifica da doutrina estava exigindo que absoluta ou incondicional não ficasse essa independencia. A federação, mesmo porque significa pacto, alliança (*fœdus, fœderis*) entre Estados independentes, não póde prescindir de manter indissoluveis os laços que os enfeixam em associação. Como diz Proudhom, a essencia e o caracter do contracto federal o faz considerar perfeitamente como um contracto synallagmatico e commutativo; e assim como este, na ordem privada, prende individualidades livres, assim, na ordem politica, a federação prende Estados independentes.

Na ordem civil o principio de cohesão em que convergem, collaborando, as vontades dos pactuantes, é o proprio conteúdo do contracto: *do ut des, facio ut facias, do ut facias, facio ut des;* na ordem politica, esse principio se caracterisa na observancia do proprio pacto federal, ou *Constituição dos Estados Unidos*. E assim ainda, do mesmo modo por que as partes contractantes teem acção livre dentro dos termos do proprio contracto, os Estados federados se manteem soberanos nas linhas da propria constituição. E' por isso que *aos Estados é facultado todo e qualquer poder ou direito, que lhes não fôr negado por clausula expressa ou implicitamente contida nas clausulas expressas da Constituição*.— Const. brazil., art. 65, 2.º

Ora, especialisando o poder judiciario, a doutrina assenta, como outro postulado, que a funcção especifica desse poder consiste em reequilibrar as relações de direito quando lesadas, ou sómente ameaçadas pelas violações das relações de direito, na technica de Savigny. Mediante a prova, o juiz ajusta á relação de direito litigiosa a regra de direito que lhe fôr adaptavel. Nada mais.

Mas nos moldes federativos constitucionaes, em que consiste, diante da necessidade da propria cohesão politica nacional federativa, a independencia do poder judiciario de cada Estado? Em organisar, como mais acertado entender, o mechanismo judiciario que tem de effectuar aquella funcção, e o modo do respectivo funccionamento. A cohesão federativa se traduz na guarda dos principios da propria alliança federativa, e portanto, reequilibrando relações de direito, o poder judiciario de cada Estado só não tem faculdade ou direito de desconhecer ou ter como invalidas, ou inapplicaveis no Estado as regras do direito substantivo. Sò lhe é vedado violar a regra abstracta da lei ou o direito em these, por exemplo: não póde julgar valido o testamento cerrado que é feito só com quatro testemunhas, mas é soberano na applicação da lei á hypothese da causa; póde, por exemplo, julgar valido o testamento feito naquelles termos, por parecer provado o concurso de cinco testemunhas, posto que, de facto, só houvesse quatro.

Em uma palavra: a violação da lei, mas não a do direito da parte, é o facto unico que escapa á soberana independencia do poder judiciario estadoal.

Rememorando a nossa organisação judiciaria imperial, podemos, sob este ponto de vista, approximar o Supremo Tribunal Federal do extincto Supremo Tribunal de Justiça, e deixando saliente a circumstancia, toda em favor da nossa argumentação, de que naquelle tempo havia centralisação judiciaria, lembremo-nos de que o Supremo Tribunal de Justiça só concedia revisão das sentenças dos Tribunaes das provincias quando estes violavam o direito em these. E sempre assim se entendeu a *injustiça notoria*, capaz de autorisar a revista—L. 19 de setembro de 1828 § 6º; Dec. 20 dezembro 1830 § 8º; Carta de lei de 3 de novembro 1768 §§ 3º e 5º; Reg. n. 737 de 25 de novembro de 1850, art. 667; Acc. 10 de julho 1878, na Rev. n. 9268.

Nem taes leis crearam novidade alguma, pois já a Ord. L. 3º tit. 75 § 2º mandava respeitar a sentença que porventura tivesse julgado contra a prova dos autos, só havendo como nulla a que julgasse contra o *direito expresso, ibi:*

> « Porém se o juiz julgasse contra o direito das partes, e não contra direito expresso, não será a sentença nenhuma, mas é valiosa e firme como se fosse bem julgado. »

A mesma Ordenação fôra buscar mais longe a sua doutrina: na const. 2.ª *Quando provocare non est necesse* (VII, 64):

> « Si entre ti e teu avô se levantar litigio acerca da successão do defuncto, e o Juiz decidir que este, *posto que menor de quatorze annos*, testou validamente, é manifesto que tal sentença, evidentemente contraria ás leis, é nulla. Mas, si o juiz, informando-se da idade do testador, julgou que este completara o seu decimo quarto anno, e por isso valido o testamento, tal sentença passará em julgado, e tu não a poderás fazer retractar. »

E' o mesmo exemplo figurado na Ord. citada, sobre a qual escreveu Silva, n. 1, este brocardo: *sententia lata contra jus litigatoris et non contra leges expressas, valida est*. Quer dizer: pela revista, segundo a concisa, mas conveniente expressão de Saredo (*Istituzioni di Proced. Civ.*, n. 811), o poder judiciario não julga sobre facto, mas sobre direito, não examina as causas, mas as sentenças. A discriminação, que os frs. 16 *de statu hominum* e 122 *de verborum significatione* fazem entre a *quæstio facti* e a *quæstio juris*, tem aqui inteira applicação: na revista só a *quæstio juris*, ou a lei em these, está em causa.

Na nossa actual organisação politico-judiciaria outra não póde ser, e *a fortiori*, a competencia do Supremo Tribunal Federal nos recursos interpostos das sentenças proferidas, nas materias de sua competencia, pelos tribunaes dos Estados.

Estes verificam o facto, e consoante a prova produzida, decidem soberanamente si a relação de di-

reito litigiosa deve ou não ser garantida por esta ou aquella regra de direito. O Supremo Tribunal Federal só tem que ver si alguma regra de direito foi violada em sua propria substancia ou repellida em sua applicabilidade potencial.

Tal é a verdadeira doutrina, unica scientifica e constitucional, mantida nas leis secundarias, tal qual a externou a propria Constituição de 24 de fevereiro de 1891.

A esta argumentação traz agora valiosissimo auxilio o estudo do Dr. Lucio de Mendonça, n'*O Direito*, vol. 71, pag. 161.

« O Supremo Tribunal Federal, diz S. Ex., não é nova instancia accrescentada ás duas que julgaram o feito (como já não o era nas antigas revistas o extincto Supremo Tribunal de Justiça), mas, sim, guarda da Constituição e das leis da Republica, com a alta missão de velar pela pureza constitucional e autoridade das leis. »

Enfrentando casuisticamente a hypothese do citado § 1.° let. *a*) do art. 59, correctamente pondera o illustrado ministro, que para caber semelhante recurso, é mister que na instancia da causa *se tenha agitado directa discussão sobre a validade ou applicabilidade de certa lei federal, e a decisão lhe tenha sido contraria;* o que equivale ao que já dissemos, isto é, que a justiça estadoal, sobre controversia entre as partes, tenha julgado invalida ou abrogada certa lei federal. Era a propria substancia da lei ou o seu dispositivo em abstracto, que um dos litigantes sustentava e o outro repellia, e a sentença julgou consoante a pretenção do ultimo. Por exemplo: discutiu-se na causa si o credor hypothecario, que nessa unica qualidade e sem reserva alguma, toma parte nas deliberações sobre concordata, mantém ou perde a preferencia, e a sentença decide pela subsistencia deste direito. Mas, si a discussão versou apenas sobre saber si tal credor era ou não hypothecario, qualquer que seja a decisão, escapa da competencia do Supremo Tribunal.

Em synthese, eis as palavras de S. Ex.:

« Não se cogita de saber si uma lei federal qualquer deve ser entendida deste ou daquelle modo; si, interpretada em certo sentido, dá ganho de causa ao

autor, e, si em sentido opposto, ao réo; si por ella se ha de resolver isto ou aquillo em causa civil ou commercial: isto é o que, na phrase da lei n. 221 de 1894, constitue a simples interpretação da lei federal, que não basta para legitimar o emprego deste recurso. Interpretação tem de haver ahi sem duvida, como ha em todo julgamento, mas interpretação não para applicar de um ou de outro modo a lei, sinão para declaral-a inapplicavel, por abrogada. Eis o sentido da phrase constitucional — questionar sobre a validade ou applicação de leis federaes.»

Nunca tivemos causa tão bem apadrinhada.

B)

Sem tempo para exgottar o assumpto, vamos consideral-o unicamente no ponto em que os impetrantes o collocaram, fundando-se no art. 59 § 1º let. *a*) da Constituição.

Como ficou ponderado, já era pensamento do Governo Provisorio separar a justiça federal da dos Estados; e por isso promulgou o Dec. n. 848 de 11 de outubro de 1890, em cujo art. 9º § unico let. *a*) se lê o seguinte:

> «Haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados — quando a decisão houver sido contraria á *applicabilidade* de uma lei do congresso federal.»

Eis, pois, o nosso ponto de partida. *Quando a decisão for contraria á* APPLICABILIDADE *de uma lei federal,* isto é, quando repellir a lei por lhe negar a virtude de ser applicavel; ou por outra, tendo em lembrança as controversias americanas havidas sobre saber si os juizes teem poder de recusar força ou applicabilidade a uma lei, por entenderem que é inconstitucional — quando não reconhecer a validade da lei.

Pretender que naquella disposição se continha tambem o poder de revisar o feito para apreciar, mediante a prova produzida, si o direito civil, commercial ou criminal fôra, na hypothese, bem ou mal applicado, isto é, constituir-se o Supremo Tribunal

Federal em terceira instancia do poder judiciario estadoal, fôra o mesmo, decididamente, que derrocar por completo o proprio systema que se tinha o proposito de construir. Aquella applicabilidade, portanto, não podia significar sinão a virtude potencial de applicação, nunca a inteireza da decisão relativamente ao facto. Do contrario, que sentido teriam estas palavras do autor do Decreto:

> « Houve a mais perfeita concordancia na base essencial do systema federativo; a coexistencia de duas soberanias, a da União e a dos Estados, na triplice esphera do poder publico — legislativo, [79] executivo ou judiciario » — ? cit. *Exposição*, pag. 15.

Promulgada a Constituição, consignada ficou no art. 59 § 1º a mesma doutrina, *ibi:*

> « Das sentenças das Justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:
>
> *a)* quando se *questionar sobre a validade ou a applicação de leis federaes* e a decisão do Tribunal do Estado fôr contra ella. »

Eis ahi: a locução — quando se questionar sobre a validade ou applicação — não equivale á expressão *applicabilidade* do Dec. n. 848? Sem duvida que sim. *Questionar sobre a applicação* evidentemente denota aquella mesma idéa, pois importa a necessidade de controversia, não sobre a adaptação da regra de direito, mas sobre a propria lei substantivamente considerada, isto é, a sua applicabilidade.

E quem jámais ouviu dizer ou disse, no rigor scientifico da technica ou da hermeneutica juridica, que *questionar sobre a applicação de certa lei* é o mesmo que questionar sobre a existencia positiva ou negativa do facto litigioso para se lhe juxtapôr a respectiva regra de direito? Pois acaso o legislador

---

[79] A soberania do poder legislativo estadoal ficou limitada pelo art. 34 n. 23 da Const.

romano ou philippino não sabia o valor juridico da regra de direito, que cada um promulgou a respeito de assumpto tão interressante á vida social?

Mas a propria Constituição nos fornece outro argumento, claro como a verdade, positivo como qualquer demonstração mathematica.

Diz o art. 61:

> « As decisões dos juizes ou tribunaes dos Estados, nas materias de sua competencia, porão termo aos processos e ás questões, salvo quanto a:
>
> 1º, *habeas-corpus* ou
>
> 2º, espolio de estrangeiro, quando a especie não estiver prevista em convenção ou tratado. Em taes casos haverá recurso voluntario para o Supremo Tribunal Federal. »

Nada mais perceptivel: fóra daquelles casos ali expressos, as decisões proferidas em ultima instancia pelos juizes ou tribunaes dos Estados, em materia de sua competencia, não vão ao Supremo Tribunal Federal; poem termo aos processos e ás questões — fazem a *res judicata, quæ finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit*.

Mas qual é a materia da competencia dos tribunaes judiciarios dos Estados? A doutrina já nol-o disse: apreciar a prova do facto para o ajustar ou não á regra de direito, isto é, julgar ou *jus dicere*.

Logo, as decisões, cuja revisão os impetrantes estão inconstitucionalmente provocando, são soberanas — constituiram já a *coisa julgada*, pois nellas o Tribunal de Justiça de S. Paulo não violou substantivamente lei alguma, nem na causa se questionou siquer sobre a applicabilidade de qualquer lei federal.

E si estes textos de lei não bastassem para deixar liquido o ponto, fal-o-ia de modo inadiavel-o art. 24 2ª parte da L. n. 221 de 20 de novembro de 1894 *ibi*:

> « A simples interpretação ou applicação do direito civil, commercial ou penal, embora obrigue em toda a Republica como leis geraes do Congresso Nacional, não basta para legitimar a interposição do recurso (dos arts.

59 da Cons. e 9º do Dec. n. 848), que é limitado aos casos taxativamente determinados no art. 9º § un. let. *c*) do cit. Dec. n. 848.

E parece que demos o tiro de misericordia na incorrecta pretenção dos impetrantes, que illustrados ambos, bem sabem que estão commettendo uma heresia juridica.

Tambem no terreno da lei poderosamente nos auxilia o magnifico estudo do Dr. Lucio de Mendonça.

E desde logo vem o texto constitucional, que lhe serve de epigraphe, condensar em positiva synthese, quanto dissemos sobre este ponto.

> «... a Justiça federal não pode intervir em questões submettidas aos tribunaes dos Estados, nem annullar, alterar ou suspender as decisões, ou ordens destes, exceptuados os casos *expressamente declarados* nesta Constituição». Const. Fed., art. 62.

Ora, estes casos são unicamente os seguintes:

a) quando *se questionar* sobre a validade ou applicação (virtual, como ficou demonstrado acima) de tratados e leis federaes, e a decisão fôr contra ella (*scil*., pela respectiva abrogação);

b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados, em face da Constituição ou das leis federaes, e a decisão considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas;

c) quando a decisão versar sobre espolio de extrangeiro, não estando a especie prevista em convenção ou tratado.

Consoante o preceito constituicional, vem o art. 102 do Regim. interno do Supremo Tribunal mais nitidamente traçar as linhas demarcadoras deste recurso:

> «No julgamento destes recursos o Tribunal verificará preliminarmente si o julgado recorrido se comprehende em alguma das especies definidas nos artigos da Consti-

> tuição e do Dec. n. 848. Decidida a preliminar pela negativa, não tomará conhecimento do recurso; si pela affirmativa, julgará o feito, sem que todavia a decisão, confirmatoria ou revocatoria da sentença recorrida, envolva questão diversa ou independente daquella, em que a mesma sentença for contraria á applicação invocada de lei ou tratado federaes, á validade de algum dos seus preceitos ou clausulas, á de titulo, direito, privilegio ou isenção que delles se derive, á legitimidade do exercicio de auctoridade investida de funcções federaes, ou em favor da validade de leis ou actos dos governos dos Estados que tenham sido impugnados por offensivos á Constituição, lei ou tratado Federaes.»

Finalmente, a já citada L. n. 221 de 1894 resume aquelle mesmo preceito nestes termos do art. 24:

> « em todo caso a sentença do Tribunal, quer confirme, quer reforme a decisão recorrida, será restricta á *questão federal controvertida* no recurso, sem estender-se a qualquer outra por ventura comprehendida no julgado. »

A lei, portanto, sanccionou expressamente a doutrina exposta, reduzindo, nas palavras de Lucio de Mendonça, *ao minimo necessario e inevitavel o mal da intervenção da Justiça federal na esphera de acção das Justiças dos Estados*.

Resta agora a jurisprudencia.

C)

O Supremo Tribunal Federal já assim tem julgado, como entre outros, no accordão de 22 de junho do anno passado (Recurso extraord. n. 24, *O Direito*, vol. 67 pag 485) *ibi*:

> « Não tomam conhecimento do recurso, por não o permittir a disposição invocada do art. 59 § 1º let. *a)* da Cont. Federal, pois aquella decisão não foi contraria á validade ou á ap-

plicação de alguma lei Federal — sobre o que nem se cogitou em todo o decurso da causa, e apenas julgou (a Relação de Ouro Preto), na esphera de sua competencia, a questão sujeita, de conformidade com a interpretação que entendeu ter a Ord. L. 1º tit. 92 § 18 e mais disposições de direito. »

Este accordão foi unanime.

Ainda por accordão de 2 do corrente mez, no Rec. n. 72, entre *a New-York Life Insurance Company*, recorrente, e o Dr. Alfredo José Caiafa, recorrido, o Tribunal, tambem unanimemente, e sobre razões produzidas pelo abaixo assignado, não tomou conhecimento do recurso, porque o Tribunal de Justiça de S. Paulo não violara these alguma de direito, por julgar que a Recorrente não estava legitimamente representada em juizo para querelar criminalmente, posto que pretendesse a dita Companhia *não ter o Tribunal recorrido applicado* o Dec. n. 9503 de 11 de outubro de 1895, que lhe dera personalidade juridica, e era lei federal.

Cada vez mais, e copiosamente, se accentuou, no sentido exposto, a veneranda jurisprudencia do Supremo Tribunal.

No citado *Estudo* do Dr. Lucio de Mendonça lemos, que já antes do accordão de 22 de junho de 1895, acima citado, havia o Supremo Tribunal, por accordão de 31 de janeiro de 1894, sendo relator o eminente professor de direito Dr. José Hygino, firmado a verdadeira doutrina, qual ficou acima exposta. Não podemos nos forrar da necessidade de transcrever aquella decisão, tantos e tão intimos são os pontos de approximação com a especie dos autos:

« Considerando: Que a acção de remissão de penhor mercantil proposta pelo recorrido contra os recorrentes perante as justiças do Estado das Alagôas foi julgada procedente nas 1ª e 2ª instancias, segundo as normas da legislação commercial em vigor; que os juizes e Tribunaes dos Estados decidem definitivamente os pleitos judiciarios nas materias de sua competencia, pondo termo aos processos e ás questões, salvo as excepções expressamente declaradas na Constituição (arts. 61 e 62); que o art. 59 § 1, lettra *a)* da Const. completa uma dessas excepções,

admittindo recurso para este Tribunal das decisões das justiças locaes, quando forem proferidas contra a validade ou applicação dos tratados e leis federaes: que esta disposição constitucional, porém, invocada pelos recorrentes, não justifica o recurso que elles pretendem interpôr, *sob o fundamento de não terem sido applicados á especie dos autos varios artigos do Cod. Com. e do Reg. n. 737 de 1850*, em que fundaram a sua defesa na acção; porquanto, o accordão recorrido não decidiu contra a applicação das leis federaes ao caso que faz objecto do litigio, e pelo contrario nellas se baseou, interpretando-as segundo os principios e regras da hermeneutica juridica; que, si a palavra — applicação — que se lê no cit. art. 59 § 1.º let. *a)* — devesse ser tomada no sentido de interpretação de lei federal, sendo federaes todas as leis civis e commerciaes, e competindo, em regra, aos tribunaes locaes applical-as, o recurso extraordinario passaria a ser um recurso ordinario de revista; ficaria este Tribunal convertido em tribunal de cassação, com flagrante violação dos arts. 61 e 62 da Const., que asseguram a autonomia das justiças dos Estados na decisão das causas da sua exclusiva competencia, visto como toda decisão que se baséa nas leis do direito commum tem de interpretal-as, e consequentemente provocaria, na supposta hypothese, o recurso em questão por parte do autor ou do réo; que para evitar esta consequencia incompativel com o systema da dualidade da justiça e unidade do direito, forçoso é se admittir que as palavras — validade ou applicação — são equivalentes, expressam a mesma idéa, de modo que o recurso extraordinario sómente cabe quando a justiça local julga que alguma lei federal não póde ser applicada ao caso sujeito á sua decisão, *porque entenda que a lei não vigora* ou que o caso é regido por disposição de lei local; que o art. 58 n. 3 § 1º let. *a)* do projecto da Const., correspondente ao art. 59 § 1.º let. *a)* da vigente Constituição, expressa evidentemente a mesma idéa por esta clausula — decisão contra a validade ou *applicabilidade* da lei federal — que tambem se encontra no art. 9 § un. let. *a)* do Dec. n. 848, de 11 de outubro de 1890, sendo que a palavra — applicabilidade — não soffreu emenda no Congresso Constituinte, substituindo-a pela palavra — applicação — a commissão parlamentar, que se incumbiu de redigir aquelle

projecto depois de approvado na 2ª e ultima discussão, a qual não quiz, nem podia alterar o pensamento do legislador constituinte definitivamente fixado...»

Supremo Tribunal Federal, 31 de janeiro de 1894.— *Freitas Henriques*, presidente.— *José Hygino — Ovidio de Loureiro.— Piza e Almeida.— Andrade Pinto.— Aquino e Castro.— Pereira Franco*. Vid. *O Direito*, LXIV. 67.

Ainda não conheciamos este accordam, cuja indicação só agora nos foi feita pelo citado *Estudo*, quando escrevemos o nosso trabalho no recurso n. 117; mas agora affirmamos que melhor não podia elle se amparar do que nas palavras do eminente jurisconsulto, que no transcripto accordam traçou, com segura mão de mestre, a verdadeira doutrina constitucional.

E aqui ficariamos, satisfeitos, si não nos houvessemos imposto o dever de indicar a serie ininterrupta das decisões, naquelle sentido, do egregio Tribunal.

E com menção especial, fallaremos agora do accordam de 11 de abril do corrente anno, proferido, tambem por unanimidade de votos, no recurso extraordinario n. 71; com menção especial, dissemos, porque, naquelle mesmo dia, trouxe o *Jornal do Commercio*, em gordo entrelinhado, com todas as honras e solemnidades a que tem incontestavel direito o seu eminentissimo autor, substancioso parecer de Ruy Barbosa, em sentido diametralmente opposto á jurisprudencia até então mantida pelo Supremo Tribunal. A justa fama de tão notavel jurisconsulto deixou, naquella manhã, algo de duvidoso na nossa atmosphera forense.

A especie era a seguinte:

Credores excutiram bens hypothecados, dos quaes era senhor directo o recorrente. Por occasião da praça, um dos herdeiros do acervo requereu remir a execução pelo preço da avaliação, não para o acervo, mas para si. Nessa occasião requereu o dito senhor directo que, na hora da praça, o porteiro dos auditorios declarasse serem os immoveis do seu dominio directo, e que o escrivão, em virtude da Ord. Liv. 4º tit. 11 § 3º e tit. 38, lhe tomasse por termo a opção sobre o preço que offerecesse qualquer licitante; o que se fez.

Entretanto, foi homologada a remissão requerida pelo herdeiro do acervo, com preterição do direito do senhor directo, sob o injuridico fundamento de que a Ord. Liv. 3º tit. 93 e liv. 4º tit. 38 referem-se ao caso de alienação do dominio util por titulo oneroso e não ao caso da remissão. Tudo isto são palavras do recorrente.

Proposta a acção de rescisão desta sentença, foi em 1ª e 2ª instancia julgada improcedente. Daqui o recurso extraordinario.

Ruy Barbosa, com aquellas scintillações do seu talento e erudição incomparaveis, sustentou que o recurso de que se trata *constitue meio normal de reintegrar o direito federal violado pelas justiças inconsistentes e variaveis dos Estados*. O que a Constituição fez, diz o eminente advogado, foi, deixando aos Estados o processo, *deixando-lhes o julgamento nas suas primeiras phases*, crear, por este recurso, *uma instancia de concentração, de reparação, de uniformisação de jurisprudencia*. Deste conceito, chave de todo o alludido parecer, veiu a epigraphe daquella publicação: « A INDEVIDA INTERPRETAÇÃO *das leis substantivas da União sobre direito civil, commercial e penal, não póde ficar dependente somente do julgamento dos juizes e tribunaes dos Estados sem recurso algum.* »

Nunca de mais alto poderia cair mais heterodoxa proposição ; pulso mais vigoroso poderia jamais vibrar tão fundo golpe na doutrina constitucional. Demonstral-o agora fôra o mesmo que reproduzir quanto já deixámos dito ; entretanto, não podem passar sem reparo aquelles conceitos, a nosso vêr, e em que peze á veneração que nos merece tão valente antagonista, verdadeiras heresias no nosso direito constitucional vigente. O que significa isto: *justiças inconsistentes e variaveis dos Estados?* Pois o art. 63 da Constituição de 24 de fevereiro não dá, ao poder judiciario de cada Estado, tanta consistencia politica quanta, ao Supremo Tribunal Federal, o art. 59? *Variaveis*, porque? Acaso a indole eminentemente politica do Supremo Tribunal Federal lhe dá caracter mais estavel do que teem as justiças dos Estados, muito mais ao abrigo das tempestades politicas? Pois então seria aquella a noção da fórma do governo republicano federativo ? Que diria Proudhon, o mais convencido evangelista desta fórma de governo, elle, segundo cuja licção (que a Const. de 24 de fevereiro man-

teve no art. 65 § 2º) *é condição essencial do contracto federativo se reservarem sempre os contractantes uma parte de soberania e de acção maior do que aquella que abandonarem — Du principe fédératif*, p. 52? E haveria mais formal negação de tal politica do que se conceder ás justiças estadoaes unicamente *o julgamento das causas em suas primeiras phases*, reservando-se a União o direito de se constituir *em nova e terceira instancia* julgadora do litigio, para apreciar provas e resolver afinal a controversia agitada sobre meras relações de direito? Como, *concentração?* Mas si o principio federativo, ao contrario, é, ainda nas palavras de Proudhon (pag. 121), a liberdade por excellencia, a pluralidade, a divisão? *Reparação?* Mas si, como ja ponderámos, nem ao tempo da centralisação imperial o Supremo Tribunal de Justiça tinha competencia para reparar as injustiças que possivelmente soffresse o direito de qualquer dos litigantes, como quereis agora deturpar a republica federativa para anniquilar a soberania dos Estados? Quanto á *uniformisação da jurisprudencia*, essa virá do proprio systema adoptado: mantendo a pureza substantiva da lei ou as regras de direito, o Supremo Tribunal Federal fará com que uniformes se agitem e vivam, no mundo dos phenomenos sociaes, as relações de direito. E nesta soberana funcção se compendia toda a dynamica do mais poderoso Tribunal Judiciario do paiz.

Felizmente, e mais uma vez, assim decidiu o Supremo Tribunal no citado accordam de 11 de abril ultimo, onde a palavra *applicação*, do texto constitucional, deu lugar a outra — *applicabilidade* — do Dec. n. 848, e do Projecto da Constituinte.

Venia para outra transcripção: qualquer synthese que ora construissemos seria impotente para reproduzir o juridico classicismo daquelle accordam, que teve como relator o illustrado ministro Pindahyba de Mattos:

« ...não tomam conhecimento do presente recurso extraordinario por não ser caso delle; porquanto, a sentença de ultima instancia proferida pela Relação do Estado do Rio de Janeiro, julgando o recorrente carecedor da acção proposta em face das Ords. L. 3º tit. 15 e 93, e L. 4º tit. 38 e de outras disposições de direito sobre a especie sujeita, nada resol-

veu em contrario á validade ou APPLICABILIDADE de leis federaes, ou acerca da validade de leis do dito Estado em face da Constituição da União ou das leis federaes, sobre cujos pontos não se questionou em todo o decurso da acção.

Nos termos do art. 61 da citada Constituição, as decisões dos Tribunaes dos Estados em materia de sua competencia põem termo aos processos e ás questões; e desde que estas não versarem sobre nenhuma daquellas excepções que são mencionadas no art. 59 § 1º, nem sobre as do referido art. 61, dellas não cabe o recurso extraordinario. Admittir-se o contrario, seria estabelecer para as sentenças das justiças dos Estados uma 3ª instancia, pois de todas interporiam os pleiteantes vencidos recurso como o que ora se intentou, dando-se lata e incabivel interpertação ao cit. art. 59 § 1º da Const., o que importaria, ainda, em intervir a Justiça Federal em questões submettidas aos Tribunaes dos Estados, com infracção do art. 62 da mesma Const., exceptuados os casos ali expressamente declarados.

Além do que, é terminante, e com exacta applicação ao caso sujeito, a disposição da 2ª parte do art. 24 da L. n. 221, de 20 de novembro de 1894.

Não comprehendendo, portanto, aquella decisão, nenhuma das hypotheses do art. 59 § 1º e art. 61 da Const., art. 9º paragrapho unico do Dec. n. 848 de 1890 e art. 54 n. 4 da L. n. 221 de 1854, inadmissivel é o presente recurso, de que por esta razão deixam de conhecer.

Supremo Tribunal Federal, Rio de Janeiro, 11 de abril de 1896.— *Aquino e Castro*, presidente.— *Pindahyba de Mattos.— Pereira Franco.—Lucio de Mendonça.— José Hygino.— U. do Amaral.— H. do Espirito Santo.— Bernardino Ferreira.* »

Vid. *O Direito*, LXX, 170.

E desde então invariavel se tem mantido tão orthodoxa jurisprudencia, como se póde vêr, para não citar sinão as decisões do ultimo mez decorrido, dos accórdãos de 17 de outubro nos recursos ns. 95 e 81, de 19, no de n. 88 e de 28, no de n. 100.

E como contra-prova, ahi estão dous accórdãos pelos quaes o Supremo Tribunal conheceu do recurso: o de 25 de janeiro de 1893, no recurso n. 2, e o de 8 de agosto deste anno, no de n. 74.

No primeiro, pelos votos dos ministros Aquino e Castro, relator, Bento Lisbôa, Barradas, José Hygino, Faria Lemos, Macedo Soares, Piza e Almeida, Pereira Franco, Ovidio de Loureiro, Ferreira de Rezende e Andrade Pinto, o Tribunal julgou cabivel o recurso, *não porque as decisões de que se recorrera houvessem julgado contra a validade de clausulas de convenção ou contra* (sic) A APPLICABILIDADE *de lei federal, pois não houve nos autos discussão ou decisão alguma sobre tratado ou convenção internacional, e a Relação recorrida, affirmando sua competencia não contestada até proferir sentença definitiva, não se pronunciou contra a applicabilidade do invocado decreto* (de 26 de fevereiro de 1891); *mas porque, tratando-se de espólio de extrangeiro, residente e fallecido no Estado com testamento, e sendo objecto da questão a applicabilidade* (note-se que o illustrado relator só escreve *applicabilidade*, não *applicação) de lei extrangeira a certa verba testamentaria, especie não prevista em tratado ou convenção, era o caso do art. 61 n. 2 da Constituição.— O Direito*, LXIII, 8.

Este accordam, portanto, confirma a doutrina acima exposta, e guarda rigorosamente a jurisprudencia do Tribunal.

Porém, mais positivo ainda é o 2° daquelles dous, ora indicados. A Relação de Cuyabá, em processo *familiœ erciscundœ*, julgara que a Ord. Liv. 3° tit. 59 § 11 *estava revogada* pelo art. 11 da L. de 15 de setembro de 1855: portanto, a justiça estadoal violou, na especie, *o direito substantivo* em these, isto é, negou a certa lei federal a virtude de ser applicavel, teve-a como nenhuma — hypothese do art. 59 § 1° let. *a)* da Const., como explicitamente diz o illustre relator do dito accordam, o Sr. ministro Lucio de Mendonça. Foi, pois, para manter em toda a sua pureza a mesma jurisprudencia, que naquelle caso o Tribunal tomou conhecimento do recurso.

Parece que exgottámos o assumpto: a doutrina em seu espirito e desenvolvimento logico; a lei em suas prescripções positivas, e a jurisprudencia em sua sabedoria pratica, firmaram naquelle sentido, e de modo inabalavel, a verdadeira intelligencia do nosso artigo constitucional».

80. Este recurso foi unanimemente julgado nos termos do seguinte accordam:

« Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinario, interposto por José Bloem e sua mulher, os menores filhos de Mathias Costa e José Ferreira dos Santos, dos accordãos do Tribunal de Justiça de S. Paulo, que confirmaram a sentença da 1ª instancia, proferida pelo juiz de direito do commercio, julgando procedente a acção, contra os recorrentes, proposta por J. N. de Carvalho & C.ª, e condemnando-os no pedido, juros da móra e custas.

E, considerando, que trata-se de questão de exclusiva competencia da justiça estadoal, julgada definitivamente em 1ª e 2ª instancia, com applicação das disposições de direito, relativas á especie, e com a interpretação que entenderam os juizes ter taes disposições, sendo certo que decisões taes põem termo ao processo e á questão, conforme o preceito do art. 61 da Constituição Federal;

Considerando que, de forma alguma, se póde comprehender a especie dos autos nas excepções estabelecidas no citado art. 61, nem tambem nas do art. 59 § 1º da mesma Constituição, pois em todo o curso da causa não se questionou sobre o espolio de extrangeiro, ou sobre a validade ou applicabilidade de leis federaes, ou sobre a validade de leis estadoaes, em face daquellas, ou da Constituição, sendo a decisão definitiva contraria a tal validade ou applicabilidade;

Considerando, finalmente, que nos termos da segunda parte do art. 24 da L. n. 221, de 20 de novembro de 1894, a simples interpretação ou applicação do direito civil ou do direito commercial, que vigoram em toda a União, não basta para legitimar a interposição do recurso extraordinario, que é limitada aos casos taxativamente determinados no art. 9º paragrapho unico, lettra C do Dec. n. 848 de 11 de outubro de 1890, em nenhum dos quaes está comprehendida a questão controvertida:

Accordam não tomar conhecimento do presente recurso por não ser caso delle.

Paguem os recorrentes as custas.

Supremo Tribunal Federal, 13 de julho de 1897.— *Aquino e Castro*, presidente.— *Pindahyba de Mattos*.—

Bernardino Ferreira.— Pereira Franco.— Macedo Soares.— João Pedro.—Figueiredo Junior.—Americo Lobo. — H. do Espirito Santo —André Cavalcante.— Ribeiro de Almeida.— Manoel Murtinho». [80]

60. Tal é o nosso direito constituido. Será, porém, o melhor? Absolutamente não.

Basta attender a que, como estamos constituidos, nem a unidade do direito material se manterá.

Examinemos as especies contidas em alguns dos citados accordams do Supremo Tribunal Federal, e ficará patente a possibilidade de variar, de um para outro Estado, a these mesma do direito, a feição do modo porque os respectivos tribunaes interpretarem a lei.

Assim na hypothese do recurso n. 71, que provocou o citado parecer de Ruy Barbosa. O Tribunal da Relação do Estado do Rio julgou que as Ords. Liv. 3º tit. 93 e Liv. 4º tit. 38 só se referem ao caso de alienação do dominio util por titulo oneroso e não ao de remissão; de modo que, segundo aquelle julgado, em praça de bens foreiros hypothecados, não é licito ao senhorio directo, uma vez que um dos interessados requereu remir para si a execução pelo preço das avaliações, optar sobre o maior lanço offerecido. O Supremo Tribunal Federal deixou de tomar conhecimento do recurso interposto daquella decisão porque, de facto, não era ella contraria á validade ou applicabilidade daquellas Ords., sinão resultado de mera interpretação doutrinal.

No recurso n. 117 varias foram as regras de direito discutidas e resolvidas pelo Tribunal de Justiça de S. Paulo:

a) Os recorridos eram simultaneamente credores chirographarios e de dominio, e na primeira daquellas qualidades tomaram parte na concordata concedida aos recorrentes, e até votaram por ella. Mais tarde propuzeram contra elles acção pelo titulo de dominio. Opposta a excepção de concordata, o Tribunal não deu por ella, adoptando a doutrina, invocada por

---

[80] Vj. *O Direito*. LXXIV 230.

nós, de Vidari e outros commercialistas extrangeiros, segundo a qual bem póde o credor chirographario transigir, nessa qualidade, com o fallido, sem todavia perder o seu privilegio de dominio.

b) Os recorridos, credores de dominio de certa partida de café paga e não entregue, produziram, como prova instrumental do seu direito, o *memorandum* do corretor, que effectuara a venda. Oppuzeram os recorrentes, contra tal *memorandum*, os arts. 66 § 2º e 720 § 2º do Reg. n. 737 de 25 de novembro de 1850. O Tribunal julgou sufficiente aquelle documento.

c) Este julgado equiparou o credor de dominio ao credor de deposito, e portanto, equiparado ao depositario aquelle que vendeu mercadorias que tinha em seu armazem, mas não entregou porque as revendera a terceiro e se locupletára com o respectivo preço. Os recorrentes pretenderam que *se não havia applicado* os arts. 874, 280, 281 e 197 Cod. Com., e nós apenas lhes oppuzemos o espirito do art. 874 § 2º Cod. Com., e a doutrina especulativa dos commercialistas.

No recurso n. 109, julgado ficou não proceder a acção de nunciação de obra nova, requerida pelos recorrentes, para que o reccorrido não proseguisse na construcção de um estaleiro no litoral da cidade de Santos, allegando prejuizo nas concessões que o Governo Federal lhes fizera para o melhoramento do porto daqualla cidade. Oppuzemos que a *nuntiatio* só compete a quem tem direito ou posse actual, condição que se não realisava na especie, em a qual os recorrentes apenas tinham o direito de *preferencia*, não estando ainda siquer approvadas as plantas relativas ao ponto em que o recorrido construia o estaleiro.

E basta de exemplos.

Agora pergunto: si as justiças de outros Estados decidirem:

— que o direito de opção em favor do senhorio directo de bens foreiros tambem se póde manter nas arrematações judiciaes, e a despeito de haver algum interessado se proposto a remir a divida exequenda;

— que o credor de dominio perde a sua preferencia eis que, na qualidade de chirographario, toma parte na reunião para a concordata;

— que um *memorandum* do corretor não é prova litteral sufficiente para titular o dominio;

— que o comprador de mercadorias em ser nos armazens do vendedor, que foi pago do preço, mas já não póde entregar o objecto da venda porque o revendeu a outrem, não póde ser equiparado ao credor de deposito;

— que o simples direito de preferencia basta para conferir a posse e o dominio como condições da nunciação de obra nova —

— que será feito do nosso direito substantivo?

Sem um tribunal central, em cujas decisões se uniformise a interpretação da lei em these, não haverá jurisprudencia nacional.

Tenham os Estados a faculdade de nomear e manter os seus juizes inteiramente fóra da acção do poder federal; haja absoluta descentralisação administrativo-judiciaria; mas, identicas em toda a Republica sejam as leis organico-judiciarias e as processuaes. Sejam soberanos os tribunaes estadoaes na distribuição da justiça subjectiva, mas somente quanto tambem o eram as antigas relações do tempo imperial; quero dizer, converta-se o Supremo Tribunal Federal no antigo Supremo Tribunal de Justiça, mas com a faculdade de desde logo julgar os feitos nos mesmos termos em que o faziam as relações revisoras. Soberanas sejam as decisões das justiças federadas no tocante á apreciação do processo ou, o que é o mesmo, no concernente á administração das provas. Seus tribunaes não podem deixar de ser julgadores, e julgar, já o dissemos com Bentham, é a sciencia da administração das provas. Mas que não lhes seja licito variar na interpretação da these da lei ou interpretar as leis contra o conteúdo nellas. Si não se mantiver a sabia disposição da Ord. Liv. 3º, tit. 75 § 2º, acima transcripta, haverá tantos direitos objectivos quantos os tribunaes. Mas, como si poderá chegar a tão util e scientifico resultado sinão por meio da reforma do Supremo Tribunal Federal no sentido que mesmo hoje, aliás contra a lettra da Constituição, ao genio de Ruy Barbosa parece ser o vigente?

Não temos, mas é imprescindivel que tenhamos, *uma instancia de concentração, de reparação, de uniformisação de jurisprudencia*, para que *a indevida interpretação das leis substantivas da União sobre*

direito civil, commercial e penal não fique dependente somente do julgamento dos juizes e tribunaes dos Estados, sem recurso algum. O systema actual, portanto, tem dous vicios radicaes: transige com as mais rigorosas consequencias da integridade systematica do federalismo radical, mas ao mesmo tempo, e incongruentemente, atira com o direito ás vicissitudes de vinte e uma variantes caprichosas.

Qual se deve sacrificar: o radicalismo extremado de um systema politico, de resto indifferente á vida nacional, ou a pureza da sciencia juridica, athmosphera unica em cujas correntes póde o homem viver seguro e feliz?

Com a mesma convicção que, nas allegações acima reproduzidas, puzemos na defeza do systema constitucional adoptado, ora nos batemos contra elle. Uma só nação, e para isso, um só direito, um só processo, uma só magistratura. *Una lex... et semper et ubique unum jus.*

Mas, o que nos deram os constituintes de 24 de fevereiro, isso não. Mais não era preciso para dissoldar a cadeia que, apertando as provincias do Imperio durante sessenta e sete annos, fez da nossa terra o poderoso e acreditado Brazil. E se ainda politicamente nos mantemos, e havemos de nos manter, é porque, como disse o genial autor de *William Shakespeare* — *la démocratie prouve sa solidité par les absurdités qu'on entasse sur elle sans l'ébranler.*

Mas é preciso reformar. A unidade na federação — tal foi o nosso lemma em 1890, é ainda hoje, e será emquanto um só direito não nos unir socialmente, como physicamente um céo unico nos cobre a patria inteira.

Quirites,

Hoc, dico, non justum est; illud male, rectius istud.

Assim clamava Juvenal aos romanos [81]. — Legisladores, repetiremos nós, não é justo nem bom o que fizestes; como vos digo, seria melhor.

---

[81] *Satyra* IV, 8-9.

CAPITULO V

Identidade dos direitos do nacional e do extrangeiro

61. Ao conceito da unidade internacional do direito nenhuma questão mais intimamente se encadeia do que esta: Qual a lei que deve regular a capacidade civil do extrangeiro: a da sua nacionalidade ou a do seu domicilio?

Mais estreitamente não se prende a consequencia ao principio, o resultado á operação. Eis porque. Quando o direito se universalisar, e não houver *alia lex Romæ, alia Athenis, sed inter omnes gentes una lex et sempiterna et immutabilis;* quando o colossal cortejo, de que fallava o grandioso prisioneiro de Santa Helena, penetrar no seio da humanidade fraternisada pela unificação dos codigos; quando a unidade da belleza esthetica, universal como a luz e o som, como a inspiração e o amor, não o fôr mais do que a unidade do sentimento juridico; quando a benefica distenção do christianismo, que em tres seculos conquistou o imperio romano por completo, e hoje quasi não tem limites geographicos, ou a rapidez com que o islamismo, que dentro em dous seculos após Mahomet se dilatou desde o Indo até o Tejo, não fôr mais bemfazeja e celere do que prolifica e breve ha de ser a dilatação humana do direito; quando o *hospes, hostis*, dos romanos, não fôr mais do que pungente memoria de seculos brutalisados, e a phrase de Cicero: *Cum autem hi famulantur qui sibi moderari nequeunt, nulla injuria est* — não encontrar ponto da terra em que se possa acclimar; quando os selvagens da Tasmania, em vez de freixar inglezes, se renderem todos á civilisação que estes para lá transportam, e os azteques, no Mexico, ao envez de se expeditarem em busca de victimas, que elles immolarão no culto de deuses sanguinarios, se sentarem á mesa da communhão juridica, cuja hostia é o direito, o *eternum et ubique jus;* quando a indignação de um grego celebre, Denys d'Halicarnasse, que chamava direito de piratas e salteadores o direito do mais forte, se encarnar no dogma universal da igualdade juridica, ou quando o *jus*

gentium dos romanos, de concepção ainda tão brutal, como diz Laurent, que consagrara a escravidão, tiver se transfundido na lei natural da sympathia, fibra unificadora do systema nervoso social; quando o riso vingador de Juvenal não mais tiver no mundo um Nero, em cujo coração penetre como ferro encandecente na sensibilidade da carne, ou o verbo esmagador de Victor Hugo não mais topar com algum outro Napoleão, o Pequeno; quando tudo fôr harmonia e consonancia, fraternidade e sympathia, e a structura geographica de todos os povos se desenhar pela structura morphologica das regras juridicas e estas se levantarem, no horisonte social do mundo conhecido, tão unidas e identicas, como uniforme em todo o globo se levanta o sol quotidiano — a palavra extrangeiro nenhum sentido mais terá.

A distancia do que foi para o que é hoje esse antigo *alheio da cidade*, já iguala á que afasta a concepção do mundo antigo sobre a lucta pela existencia do moderno conceito da cooperação economica universal. Aquella concepção se abreviava na ferina crença de que toda lucta só de odio se fartava. Algures dissemos que o *in armis jus ferre et omnia fortium virorum esse*, de Tito Livio, era a formula physiologica dos tempos primitivos. O outro conceito, porém, se funde no doce sentimento da fraternidade humana. A lucta pela existencia é hoje a manifestação pacifica da solidariedade social. As leis anthropologicas e ethnographicas da adaptação, da selecção, da segregação e da hereditariedade teem hoje a formula da mutualidade physiologica do esforço geral, consoante os principios da organisação sociologica. A selecção e a segregação individuaes se operam sob a influencia synthetica das forças do organismo social. Eis porque, no dizer de Cogliolo, aquella formula physiologica dos antigos tempos se converteu, no seio das sociedades modernas, em pathologica. Quem mais hoje daria ao *dominio* a velha denominação de *mancipium*, de *manu capere?* quem mais veria, no patrono de hoje, o *herus* dos romanos, que vinha do sanscrito *hr*, tomar? quem mais veria no texto de Gaio (IV, 16): HUNC HOMINEM *ex jure Quiritium* MEUM ESSE — cousa toleravel? Grosseiras anomalias da esphera juridica de remotas éras, seriam entidades nosologicas na contemporanea co-

existencia universal. E são. Quando hontem ou hoje, ali ou aqui, o morbo politico desorganisa a integridade moral e juridica, a civilisação se horrorisa indignada. Foi assim quando a França provocou aquelle triste fuzilamento de 1867, em Queretaro, ou quando em 1898 se ouviu a esquadra da patria de Washington, esse que foi *the first in peace and the first in the hearts of his countrymen*, dar o primeiro tiro em Cavite; e assim é hoje, quando o throno moscovita está a esmagar a Finlandia, essa misera Polonia do Norte, e o sangue da liberdade africana está ensopando o mesmo pavilhão que traz gravadas, por motejador contraste, as duas mais santas e brandas palavras do vocabulario humano — DEUS e DIREITOS.

Pois de todas aquellas evoluções, de todos aquelles sentimentos, vem por si o prognostico: o desapparecimento do extrangeiro pela identificação social de todos os povos. A patria na humanidade, dissemos ao começar.

62. Que resta daquelles tempos em que, como nas leis de Manou, mesmo na diversidade das castas, assentava grosseiramente a desigualdade nos direitos? Desposar uma çoudra era crime inominado. Havia penas para o parricida, mas expiação alguma era possivel «para aquelle cujos labios se houvessem poluido com o beijo de uma çoudra». O legislador nem se dignava de se referir aos *tchândâlas*, cognominados *pariás* — bastava que os excluisse da sociedade civil, como observa o citado Laurent. Pois bem: o mesmo legislador declara que a India, sendo uma terra santa, tem como impuros os que nascem fóra dos seus limites, e na hierarchia das creaturas é abaixo dos elephantes, dos cavallos e dos çoudras que colloca o extrangeiro. Larga generosidade já poz a lei quando o collocou acima dos animaes selvagens, como os leões, os tigres e os javalis. Assim está escripto nas leis de Manou, XII, 43.

Tambem no Egypto, só os ribeirinhos do Nilo pertenciam á *humanidade*, só elles eram *puros*. O resto da terra era a *séde da impureza*. «Não havia egypcio, refere Heródoto, que quizesse abraçar um grego, nem se servir da faca de um grego, nem comer da carne de um boi que tivesse sido cortado com a faca de um grego.» Todo extrangeiro é um criminoso. A suavidade ingenita de Virgilio só lhe

permittiu, alludindo, nas *Georgicas* (III, 4-5), á feroz inhospitalidade egypcia, esta apostrophe :

Quis aut Eurysthea durum,
Aut illaudati nescit Busiridis aras?!

A theocracia daquelles tempos impossibilitava a creação de um direito internacional.

Na Grecia, antes das guerras medicas, laço algum juridico prendia mesmo os athenienses e spartanos entre si; nem ao menos tinham um nome commum que os discriminasse dos barbaros. Imaginae agora qual seria alli a condição do extrangeiro; basta dizer que o proprio grego perdia por completo a capacidade de direito logo que transpunha as linhas da *cidade*. Ao extrangeiro, fosse de Thebas, fosse de Creta, nem o direito natural de pedir justiça lhe era permittido. O proprio Aristoteles, a despeito do genio que lhe inundava o espirito, só via escravos nos que vivessem fóra da *cidade*. Vencidos, se deixavam os extrangeiros escravisar para que na morte immediata não achassem o epilogo do proprio infortunio. O *Væ victis* já se sentia na Gregia antes que se exclamasse em Roma.

Mas *le monde marchait*. O commercio, approximando os povos pelas indomitas suggestões do interesse, commutava navegantes ao permutar mercadorias. Nem assim o extrangeiro, adquirindo, embora, riquezas, podia commungar na nacionalidade dos direitos. Mesmo a justiça, só mediante tratados, lhe podia ser dispensada. Nisto a historia descobre o ovulo do direito internacional.

Esses mesmos, que assim começavam a gozar de um direito indigena, eram sómente os proprios gregos *extra Athenis*. Os outros homens, esses eram os *barbaros*. E assim a Héllade ainda não fôra tocada pela influencia civilisadora da concepção inteira do direito. No emtanto, Helleno, em um dos *Panegyricos* de Socrates, é synonymo de homem civilisado, e o nosso fogoso Alvares de Azevedo chamou a Héllade *a mãi patria da civilisação moderna*.

Não obstante, um homem houve, que no meio daquella escuridão juridica, teve uma phrase que valia um diluvio de luz a devassar o futuro. Foi Socrates. Refere Cicero (*Tusculanæ*, V, 37) que um

dia perguntaram ao sabio atheniense qual era a sua patria. «*Toda a terra*» respondeu elle; dando assim a entender, diz o autor dos *Etudes sur l'histoire de l'humanité*—*qu'il se croyait citoyen de tous les lieux où il y a des hommes.*

Eis agora Roma entrando no scenario do mundo então conhecido. Pois aqui está a synthese do systema romano, tão habil na argucia quão barbaro no sentimento. Reconhecendo, que por direito natural, todos os homens nascem livres, fizeram especial classificação para ter onde enquadrar os escravos, e como os primeiros escravos foram os prisioneiros de guerra, crearam o *direito das gentes*, tendo por titulo a *conquista*. *Mancipia* se chamaram elles—*eo quod ab hostibus manu capiuntur*. Eram tambem chamados *servi dedititii*, porque se os reduziam á condição do inimigo que á discrição se entregasse. Aos romanos era licito os matar; mas para que, como diz Eug. Henriot, desmentido não ficasse Horacio:

Vendere quum possis, captivum occidere noli,

costumavam os commandantes dos exercitos lhes conservar a vida, e os vendiam como refem de guerra. Tal é, segundo Justiniano, a etymologia da palavra *servus*. «*Servi ex eo appellaiti sunt, quod imperatores captivos vendere, ac per hoc* SERVARE, *nec occidere solent.*»

— *Pourrait-on croire*, exclama Montesquieu, *que c'est la pitié qui a etabli l'esclavage!*

Mas a guerra era o estado natural das relações internacionaes; e onde era esse o *estado legal*, no dizer de Laurent, o extrangeiro devia ser tido como inimigo. E o era: *hospes hostis*. Dahi o deshumano fragmento da Lei das XII taboas: *Adversus hostem perpetua auctoritas*; e por mais divergentes que sejam as interpretações daquelle texto, ha no fundo de todas ellas esta idéa—o extrangeiro não tem direitos. [82] Como nota tonica deste desconcerto juridico, basta invocar a lição de Puchta [83]: os filhos originarios da união

---

[82] Laurent, *Dr. civil intern.*, I n. 81.

[83] *Institutiones*, § 197 ut, b.

entre cidadãos e extrangeiros, de humanos só tinham a fórma e a figura : a lei os considerava *nova especie de homens*.

Um dia, porém, do palco de um theatro publico, Terencio atirou, como insolito desafio á barbaridade legal, o celebre verso:

Homo sum, et humani nihil alienum a me puto.

A onda dos espectadores bateu palmas enthusiasmada, e a lembrança de Plauto, que sobre a mesma scena havia proferido esta barbaridade : *Homo hominis lupus* — sob grossa chuva de apupos e imprecações odientas, se desmoronou amaldiçoada.

De então se generalisou o direito? Não; apenas se distinguiu, do *hostis*, o *peregrinus*. Era este o extrangeiro fóra da classe dos *barbaros*, mas ainda não assimilado no mechanismo juridico civil. Os *peregrinos*, classificados em muitas e variadas cathegorias, não tinham o *jus civitatis*, nem o *connubium*, nem o *commercium*. E si depois veiu a liberal instituição dos pretores alargar o circulo da comprehensibilidade do direito, e parallelamente a instituição do *patronato* e a larga expansão da *hospitalidade* deixaram ver nos *peregrinos* muito mais do que exemplares do reino zoologico, mesmo assim o extrangeiro ficou profundamente desassemelhado do cidadão. Os institutos da familia, da propriedade, das obrigações eram intangiveis *ex jure quiritium* : creou-se então, ao lado do casamento civil do parentesco romano, da propriedade quiritaria, das formulas solemnes da estipulação, o casamento do direito das gentes, o parentesco natural, o dominio bonitario, formulas especiaes para os actos de declaração da vontade. [84]

Veiu a constituição Antonina (212 d. J. C.), dando o *jus civitatis* a todos os habitantes do Imperio. Foi Mecenas, o protector das lettras, das artes e dos extrangeiros, quem aconselhou a Augusto que assim fizesse. Unificara-se então o direito? Tambem ainda não. O orgulho romano não era facilmente accommodavel. Caracalla, o infame que mandára queimar Pa-

[84] Cit. Laurent, nt. 91.

piniano, dando execução á reforma antonina, excluiu della os outros extrangeiros — os *barbaros*, ou todos aquelles que não residiam na *urbs eterna*. Eis porque Ulpiano (fr. XIX, 4) ainda falla de peregrinos: *Inter eos peregrinos quibus commercium datum est.* [85]

Eis aqui uma eloquente passagem do eminente Ihering:

«La seule idée que l'homme, comme tel, est libre — *idée jusqu'à laquelle le droit romain ne s'es jamais élevé* EN PRATIQUE — a plus de poids pour l'humanité que tous les triomphes de l'industrie. Cette idée seule constitue, pour le droit actuel sur le droit romain, un progrès à coté duquel la superiorité de ce dernier, sous le rapport de la superiorité technique, rentre complètement dans l'ombre. L'histoire a travaillé des milliers d'années avant de realiser ce principe, des millions d'hommes ont dû gemir dans l'esclavage, et des flots de sang ont dû couler jusque dans les temps les plus récents. [86]»

64. Mas com relação aos extrangeiros, o principio da liberdade, que só completamente se realiza quando, no dizer de Esperson, tem por base a identidade dos direitos, terá hoje, após aquella asperrima selvageria antiga, chegado á realização a que allude o genial autor do *Espirito do Direito romano?*

Responda o insuspeito Laurent: « *Cette barbarie se trouve encore dans le Code Napoléon (arts. 14-16)* [87].»

Nem de mais precisamos para achar a ponte que nos levará á conclusão que estamos a buscar. Ali está ella na nota 30 da nossa *Universalisação do Direito.*

— Gloria á Italia, ali escrevemos, que com o art. 3º do seu Codigo civil — *Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini* — proclamou o principio da desnacionalisação do direito para que o direito se universalise como o primeiro alimento da sociabilidade humana.

---

[85] Cogliolo, *Stor. del Dir. priv. rom.*, 1º vol. pag. 90.

[86] *Espr. du Dr. Rom.*, trad. de Meulenacre, vol. 1º p. 105.

[87] Loc. cit. pag. 138.

Pois não é assim em toda a parte. Não o era na Inglaterra, onde nenhum extrangeiro podia possuir, sob qualquer titulo, immovel algum, e não é hoje, extranha anomalia! nas duas republicas da França e dos Estados Unidos da America do Norte. Na terra classica do tradicionalismo costumeiro, o *Naturalisation act 1870, St. 33 Vict., c. 14*, rasgando tradições seculares, reflexos do indomavel orgulho britannico, assemelhou o extrangeiro ao cidadão em tudo quanto concerne á posse, gozo, acquisição ou transmissão, por todos os modos legaes, da propriedade movel ou immovel. Entretanto, na grande Republica americana, os estatutos de Nova York dizem explicitamente que o povo daquelle Estado se considera possuir a propriedade originaria e actual de *todas as terras* situadas nos limites e sob a jurisdicção do Estado. E' a propriedade, como diz Kent [88], ainda sob a feição feudal. E na França, que Pascoal Fiore chama a *nobile cula* dos principios de 89 ou da confraternidade humana, o tribunal de Colmar, por sentença de 30 de dezembro de 1815, julgou na conformidade dos seguintes barbaros conceitos: «Si le droit de rendre la justice est un des apanages de la souveraineté, celui de la réclamer et de l'obtenir est un avantage que le sujet est fondé à reclamer de son souverain. Sous ce double rapport *chaque monarque ne doit la justice qu'à ses sujets et* DOIT LA REFUSER AUX ÉTRANGERS, A MOINS QU'IL NAIT' UN INTÉRÊT BIEN RECONNU À FAIRE JUGER LE PROCÈS DANS SES ÉTATS. [89]»

Póde haver igualdade, sim, mas sob a condição interesseira da reciprocidade, na forma do art. 11 do codigo napoleonico, o antipoda do art. 3º do Codigo italiano — regra que, de resto, importa ainda o dominio da estreita politica da ciosa limitação de direitos nacionaes.

65. Não chegou ainda o dia da promulgação da lei juridica universal. A velha polemica — *jus sanguinis* ou *jus soli?* — ainda ferve, sem que algum possivel tribunal possa lavrar coercitiva sentença. Mais

---

[88] *Comment. on the Americ. law*, III, 699—670.

[89] Dalloz, *Répert.* vb. *Droit civil*, n. 324; Laurent, obr. cit., IV, 4.

ainda: sempre de pé, o conflicto entre o direito feudal do solo e o direito romano da nacionalidade paterna deixa até hoje vacillante o mais urgente de quantos problemas possam interessar o futuro juridico da humanidade: Que direito deve estar junto do homem onde quer que elle se encontre fóra da patria?

E esta é a nossa questão.

66. Escolhendo aquelle numero do *Questionario* do Instituto, foi meu intento tratar do assumpto exclusivamente sob o ponto de vista da universalidade do direito. Imaginei que a voz do futuro dentro em mim mesmo me perguntava:— Qual a lei, emquanto houver extrangeiros, que, regulando a capacidade civil delles, melhor concorra á universalisação futura do direito: a da nacionalidade ou a do domicilio?

Posta a questão nestes termos, e de todo fóra da acção de possiveis leis positivas, inclusive o art. 69 da Constituição brazileira, no puro terreno das especulações da sociologia, sob o patrocinio dos dous talvez maiores jurisconsultos do seculo, Merlin e Savigny, não hesitamos em responder — que essa lei não deve ser a da nacionalidade, sinão a do domicilio.

Dous conceitos, porém, devem ficar previa e nitidamente accentuados. Um se prende á idéa de patria, o outro á de domicilio.

Na these que se discute, a primeira idéa entra impertinentemente. Não é que para nós valha como sentença absoluta o *ubi bene, ibi patria;* mas é que a idéa de patria, amor ideal, sentimento puramente affectivo, nada tem que vêr com o mundo concreto das relações juridicas da ordem civil, onde o denominador commum de todas as actividades afinal se traduz naquelles *bona ex eo quod beant*, do jurisconsulto romano. *Beare est prodesse*, disse Marciano; e o que já era verdade no seculo VII se tornou dogma de bronze na vespera do seculo XX. De resto, si crescente internacionalisação dos povos vai apagando as antigas rigorosissimas discriminações nacionaes, por que não extender a patria até o conceito da humanidade?

Aquelles mesmos que mais decantam a idéa de patria, que afinal é mais uma das formulas, embora elevada, do sentimento do egoismo, não raro incidem nas mais patentes incongruencias. E porque urge

que dentro em uma hora ponhamos o ponto final neste precipite trabalho, contentemo-nos com um só exemplo. Vem de uma das mais poderosas cerebrações da actual Academia Franceza, e está em um livro hontem publicado.—« Onde falta a idéa de patria, diz Fernando Brunetière, o que mais sensivel se torna é a carencia das condições necessarias ao desenvolvimento e ao aperfeiçoamento do individuo. [90] » Entretanto, em que meio melhor se desenvolve e aperfeiçôa o individuo? Elle mesmo responde o que está no sentimento universal: é no meio da familia. *Vœ soli*! repete o illustre academico. Mas que é a familia? está sempre na patria? A familia é o lar, é o *fogo* que aquece o berço, que mantem sempre acceso o amor por excellencia, que alumia o caminho do *struggle for life*, que forja as cadeias que nos prendem á propriedade e a quaesquer interesses sensiveis. E esse é identico na patria como em qualquer parte do universo.

A outra idéa que precisamos de deixar bem comprehendida é a de domicilio.

Qual é a verdadeira noção de domicilio? Ouçamos Catullo (*Carmen 66*):

......Illa domus.
Illa mihi sedes, illic mihi carpitur ætas.

Eis ahi: é a minha casa, o centro da minha actividade, onde a minha vida se consome.

Calcado no poeta, diz o direito: *é o centro local permanente e voluntario da actividade juridica do homem*.

Eis ahi: é o logar onde o homem voluntariamente permanece para viver a sua vida juridica. Mas então porque não confessar de plano que a lei do domicilio é a que logicamente deve formar, desenvolver e garantir os direitos do extrangeiro, e, portanto, a sua capacidade civil? Pois o domicilio não é mesmo um titulo para a naturalisação, como se dava no antigo direito belga, na *Novissima Recopilacion* da

---

[90] *Discours de combat* — *L'idée de patrie* — conferencia de 1896, em Marselha — pag. 132.

Hespanha? como de ha muito era na Allemanha, na Prussia, na Austria? Na Inglaterra e nos Estados Unidos do Norte *domicil* e *nacionality* são synonymos. [91]

67. Attentae agora para esta conclusão.

Si não ha negar que a moderna tendencia juridica se accentua no sentido da unificação universal do direito, de modo que, como dissemos, época virá em que não mais haja extrangeiros, não seria estorvar aquella mesma inclinação universalisadora, deixar ainda cada extrangeiro, no mappa immenso sobre que cada qual delles possa permanentemente se activar nas relações juridicas, sujeito á lei nacional, que elle voluntariamente deixou na patria? si o ideal é a impossibilidade de conflictos entre leis nacionaes, conservar as ultimas no extrangeiro domiciliado, não seria o meio mais seguro de manter os primeiros?

Não é tambem logico que mais depressa e facilmente chegaremos á unidade universal, si promovermos as unidades locaes?

As nacionalidades tendem a se fundir na humanidade confraternisada. O sonho de Cicero, a prophecia de Napoleão já caminharam muito. E si os homens devem afinal constituir uma só sociedade, dirigidos por um direito identico, tenham desde já o seu direito onde voluntariamente cimentarem a propria existencia juridica.

E si por ultimo o mundo civilisado ha de chegar a constituir o domicilio humano, domine desde já o direito do domicilio de cada qual. Mais facil assim será, pela impossibilidade dos conflictos cuja solução faz ainda hoje o tormento dos estatutarios, a juxtaposição das regras juridicas.

E como disse um grande economista inglez: [92] —*let us hope that the day is coming when the owners of the ideal ships that sail down the seas of time, freighted with the hoarded treasures of the wisdom, and learning, and worth of successives generations, to illumine the understanding and gladden the hearts of the latest posterity*—seja-nos licito

---

[91] Lapradelle, *De la nacionalité d'origine*, p. 416-417.

[92] Macleod, *The elem. of Polit. economy*, pag. 184.

esperar que proximo venha chegando o dia em que os donos desses vasos ideaes, que vão pelos mares do tempo em fóra, carregados dos thesouros accumulados da sciencia, lições e valor das gerações passadas, para illuminar o espirito e aligeirar o coração da mais remota posteridade — levem tambem a todos os recantos do universo o mesmo direito, que é o proprio sangue da vida moral.

Então tudo se transformará. O nome de Salisbury, motejado como o de Plauto, como o de Hobbes, terá naufragado nas irresistiveis correntes da confraternisação humana. Não haverá mais guerras, não mais haverá conquistas. O direito terá adquirido o mundo inteiro, e na cohesão universal fulgirá o trophéo de sua definitiva victoria.

Como nos remotos tempos da tosca civilisação antiga, a relembrar Cincinato, que coberto de suor levava a cultivar a pobre herdade, Columela, a escrever o epitome da cultura agricola, e Virgilio, a decantar em versos suavissimos as delicias da vida campestre, os triumphadores de então, a permutar sciencias, lettras, philantropias, leis, artes — prolifera producção moral — insistentemente cultivarão aquelle supremo de todos os productos humanos. A força, poder do demonio, se converterá em virtude juridica. A Viscracia aluida pela Juriscracia. Justiniano, resuscitado, amaldiçoará Victoria, pulverisada. A *Contemporary Review*, substituida por algum jornal gigantesco, que talvez se chame *The united World*, se penitenciará do seu belluino artigo de 1898 — *England's Destiny in China*. Wei-hai-Wei e Hong-Kong serão tanto da Inglaterra, como a Mandchuria e Porto Arthur, da Russia, como a Ilha Formosa, do Japão, como Kiáo-Cháo-Bay, da Allemanha, como o Tonkim, da França. Quem mais se lembrará da doutrina de Monroe, essa a mais impudente de todas as *illusões americanas?* As Philippinas e Cuba, que negra sombra sobre a historia da America! Mas então, como tudo se desanuviará á luz da nova humanidade juridica. Luz tão intensa e limpida, que num só raio envolverá, alliados, Berlim e Pariz, a terra de Bismarck, o severo typo do aspero rancor, e a terra de Lamartine, o jubiloso molde da poetica brandura, o sonho e o sorriso, a bruma e a claridade — Washington e Madrid, o sacrificador e o sacrificado — S. Petersburgo e Varsovia, o senhor e o vas-

sallo — Londres e Pretoria, o abutre e a presa, o grilhão e o pulso — o Quirinal e o Vaticano, a espada e a cruz, o orgulho e a fé! sublime concentração — sublime pela fonte de onde deflue, que é o amor da humanidade, tendo por symbolo Deus, sublime pela aspiração a que obedece, que é reduzir a geographia juridica universal a um paiz unico a — *Cosmopolis do direito!*

Então não mais haverá extrangeiros, e tendo o homem o mesmo direito em Arkhangel como em Kandahar, em Nankim como em Glascow, em Candia como em Nictheroy, em Ottawa como em Sidney, no Darfour como na França, sobre o Baltico como sobre o mar de Oman, de um polo ao outro, do berço da estrella d'Alva ao tumulo da vespertina estrella, cada qual repetirá a grandiosa phrase do solitario de Athenas:

— Minha patria é toda a terra!

CONCLUSÕES

I

A soberania, sendo a suprema expressão da integridade nacional, é indivisivel, e por isso, nas republicas federativas, está integralmente na União e nos Estados.

II

Mantida, como convinha, a unidade do direito material, nada justifica a adopção do systema da pluralidade do direito formal.

III

Nem a discriminação da Justiça em Federal e dos Estados.

No systema adoptado, as justiças locaes só estão sujeitas á revisão do Supremo Tribunal Federal nos casos dos arts. 59 § 1º e 61 da Constituição e consoante a correcta jurisprudencia daquelle Tribunal.

IV

E' a lei do domicilio a que deve regular a capacidade civil dòs extrangeiros.

S. Paulo, 15 de março — 6 de abril de 1900.

Dr. João Monteiro

DIREITO PUBLICO

These I

DISSERTAÇÃO APRESENTADA

PELO EXM. SR.

Dr. Okey Johnson

DECANO DA FACULDADE DE DIREITO NA UNIVERSIDADE DE WEST-VIRGINIA
(MORGANTOWN)

DIREITO PUBLICO

QUESTION I

I am well aware that writers on civil government very generally agree that sovereignty is a unit and indivisible. That this is a mistake, I propose to show, by the operation of a divided or dual sovereignty in h e United States for over a century.

I propose to show where it resided when the Federal Union was formed; its division, and how divided; then the two governments, each sovereign in its sphere. I will treat this subject under the following divisions:

Section I. Sovereignty in its strict sense, as possessed by the thirteen original States, severally.
Section II. Dual Sovereignty.
Section III. United States Sovereignty.
Section IV. State Sovereignty.
Section V. The operation of Dual Sovereignty.

SECTION I

Sovereignty in its strict sense, as used in International Law, is that supreme, absolute and exclusive power, by which a state governs itself, both as to all its internal affaires, and also in its relations with other states.

In this sense, the authority of a nation in its own territory, is absolute and exclusive. [1] This sovereignty each of the original thirteen states acquired

---

[1] Church v. Hubbart, II Cranch, 187, 234. I Wharton Int. Digest 1.

by their declaration made on the 4th day of July, 1776, and maintained by their stalwart arms, under the protection of Divine Providence, whose aid they invoked: "That these United Colonies are and of right ought to be, free and independent states; that they are absolved from all allegiance to the British Crown, and that all connection between them and the State of Great Britain is, and ought to be, totally dissolved; and that, as free and independent states, they have full power to levy war, conclude peace, contract alliances, establish commerce, and do all other acts and things which independent states may of right do. »

The British Crown concluded peace with the states as individuals. The first article of the Treaty of Peace, made at the conclusion of the Revolution contains these words: « His Britannic Majesty acknowledges the said United States, viz.— New Hampshire, Massachusetts Bay, Rhode Island and Providence Plantations, Connecticutt, New York, New Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, North Carolina, South Carolina and Georgia, to be free, sovereign and independent states; that he treats with them as such; and for himself, his heirs and successors, relinquishes all claims to the Government proprietary and territorial rights of the same, and every part thereof. » (a)

By the fifth article of the Treaty, it is clearly shown how the States, who were of the parties to the Treaty, understood it. It is there declared as follows: « It is agreed that Congress shall earnestly recommend it to the legislatures of the respective States, to provide for the restitution of all estates, rights and properties, which have been confiscated, belonging to real British subjects, and of the estates, rights and properties, of persons resident in districts in possession of His Majesty's arms, and who have not borne arms against the United States. »

The State of Georgia passed a bill of attainder, and forfeited to the state the property of a Tory. The Supreme Court held this within the power of the state at that time. [2]

(a) Statutes at large, vol. VIII, 80.

[2] Cooper v. Telfair, IV Dallas, 14.

The New York Legislature, in one of its bills of attainder, not only confiscated the property of the person attainted, but in his absence, condemned him to death.

The Supreme Court of the United States in an early case, [3] declared that the « Declaration of Independence did not mean that the United Colonies jointly, in a collective capacity, were independent states, but that each of them was a sovereign and independent state; that is, that each of them had a right to govern itself by its own authority and its own laws, without any control from any other power on earth. That from the 4th day of July, 1776, the American States were, de facto, as well as de jure, in the possession and actual exercise of all the rights of independent governments. »

Chief Justice Marshall, in a great case, said: « As preliminary to the very able discussion of the Constitution which we have heard from the bar, and as having some influence upon its construction, reference has been made to the political situation of these states, anterior to its formation. It has been said that they were sovereign; were completely independent, and were connected with each other only by a league. This is true.» [4]

When the Revolution took place, the people of each state became sovereign; [5] with full power to control everything within their boundaries, and to regulate all intercourse with foreign states.[6]

This sovereignty, each of the States was, by the second of the Articles of Confederation, expressly retained, [7] and no part of the sovereign power of any state was surrendered until the adoption of the Constitution of the United States in 1789, when, to

---

[3] Ware v. Hylton, III Dall. 199. Cummings v. Missouri, IV Wallace 277.

[4] Gibbons v. Ogden, IX Wheat. 1.

[5] Martin v. Waddell, XVI Peters, 367.

[6] MCIlvaine v. Cox, IV Cranch, 209.

[7] Texas v. White, VII Wall. 725.

form « a more perfect union », the people of the several states, by the adoption of the Constitution, surrendered and granted certain of their sovereign powers, and formed what is now one of the greatest sovereign powers in the world. The sovereignty not granted by the States in the Constitution was reserved to the people of the States respectively, which sovereign powers the States never have surrendered. Each of the thirty two new states, as, by virtue of the Constitution, it entered into the union of states, became a sovereign, clothed with all the sovereign powers which belonged to each of the original states, except such as were surrendered to the Federal Government in the Constitution of the United States. [8]

SECTION II — DUAL SOVEREIGNTY

Dual sovereignty is that supreme, absolute and exclusive power which the United States and a State, the former under the granted powers in the Constitution, and the latter under its reserved powers, each exercises within its sphere, without the interference of the other, within the same territorial limits.

The wisdom of man had never, until our statesmen, of whom every American is justly proud, planned the most complete government the world had ever known, when they perfected and submitted to the States for ratification, the Constitution of the United States. The idea of two sovereignties, operating two separate and distinct governments within the same territory, had never occurred to the human mind before that time. The political organization of government provided for by that instrument is well-nigh perfect. When the Revolution took place, the people of each State became sovereign, and held the absolute right to everything within the boundaries of

[8] Pollard v. Hagan. III How. 212, Gilman v. Phila. III Wall. 726 Hughes v. Glover, 119 U. S. 543.

the State; and the State holds them now, subject only to the rights surrendered to the United States when they adopted the Constitution, which shows the rights so surrendered. [1]

For many years a fierce controversy raged, led on the one side by Mr. Justice Story, and on the other by Calhoun, on the questions of state and federal sovereignty. Story maintaining that the Constitution was formed by the people of all the thirteen original states in their collective capacity; that therefore sovereighty, being a unit, resided in the whole people of the United States, and that no sovereignty resided in the people of the States. Calhoun insisted that sovereignty resided alone in the states, and never was surrendered to the Federal Government in the Constitution; therefore there is no sovereignty in the United States, but that the Constitution was a compact, by which the Federal Government was made the agent to carry out the sovereign powers of the states for their benefit, and that when the agent failed to do this, the state could withdraw from the union or compact; hence the doctrine of secession. [2]

The Tenth amendment to the Constitution declares: «The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to thestates respectively or to the people.» The language of this amendment gave rise to two political heresies, Secession and Centralization. By some the word «delegated» was construed to mean that the Federal Government was the agent of the states to carry out their will, and when it failed in this, the state could withdraw from the Union. Others, with no more reason, insisted that the reservation of power to the «people» meant the people of all the states. The power was reserved to the grantors, of course, and they were the people of the states, who made the Constitution. In numerous decisions the Supreme Court of the United States has construed the word «delegated» to mean granted. It has also held

---

[1] Martin v. Waddell, 16 Pet. 367.

[2] Story, Comm. Sec. 210. Stevens, War Between the States, Vol. I, p. 60 et seq.

that the words «reserved to the states respectively or to the people» mean « the people thereof», i. e. the people of the states respectively.

The powers of the Federal Government and of the states, although both exist and are exercised within the same territorial limits, are yet separate and distinct sovereignties, acting separately and independently, of each other, within their respective spheres. [3]

The Chief Justice, in 1895, speaking for the Court on both the independence of the commercial power of the Federal Government and the police powers of the states, clearly recognizes dual sovereignty when he says: « It is vital that the independence of the commercial power and of the police power, and the delimitation between them, however sometimes perplexing, should always be recognized and observed; for while the one furnishes the strongest bond of union, the other is essential to the preservation of the autonomy of the states, as required by our dual form of government.» [4]

In another case, the same Court said by Justice Strong: « The argument so much pressed upon us, that it is an invasion of the sovereignty of a state to withdraw from its courts into the courts of the general government the trial of alleged offenses against the criminal laws of a state, even though the defense presents a case arising out of an act of Congress, ignores utterly the dual character of our government. It assumes that the states are completely and in all respects sovereign; but when the national government was formed, some of the attributes of state sovereignty were partially and others wholly surrendered, and vested in the United States. Over the objects thus surrendered, the sovereignty of the States ceased to extend. Before the adoption of the Constitution, each state had complete and exclusive authority to administer by its courts all the law, both civil and criminal, which existed within its borders. Its judicial power extended over every legal question

[3] Ableman v. Booth, 21 How. 506. Claflin v. Houseman, 93 U. S. 130.

[4] U. S. v. E.C. Knight & Co. 156 U. S., 13.

that could arise; but when the Constitution was adopted, a portion of that judicial power became vested in the new government created, and, so far as thus vested, it was withdrawn from the sovereignty of the state; now the execution and enforcement of the laws of the United States, and the judicial determination of questions arising under them, are confided to another sovereign, and to that extent the sovereignty of the state is restricted.» [5]

Chief Justice Marshall, for the Court, said: « In America the powers of sovereignty are divided between the government of the Union, and those of the states; they are each sovereign with respect to the objects committed to it, and neither sovereign with respect to the objects committed to the other. [6]

For all national purposes embraced by the Federal Constitution, the states and the citizens thereof, are one, united under the same sovereign authority, and governed by the same laws. In all other respects, the states are necessarily foreign to and independent of each other. [7]

Chief Justice Chase, speaking for the whole Court, said: « The people of the United States constitute one nation under one government, and this government, within the scope of the powers with which it is invested, is supreme; on the other hand, the people of each state compose a state, having its own government, and endowed with all the functions essential to separate and independent existence. The states, disunited, might continue to exist; without the states in union, there could be no such political body as the United States. [8]

The same learned Chief Justice, in another case, said: « But the perpetuity and indissolubility of the Union by no means implies the loss of distinct and individual existence, or the right of self-government by the states. Under the Articles of Confederation,

---

[5] Tenn. v. Davis, 100 U. S. 257.

[6] Mc Cullough v. Md. IV Wheat. 316.

[7] Buckner v. Finley, II Pet. 586.

[8] Lane Co. v. Oregon, VII Wall. 71.

each state retained its sovereignty, freedom and independence, and every power, jurisdiction and right not expressly delegated to the United States. Under the Constitution, though the powers of the states are much restricted, still all powers not delegated to the United States, nor prohibited to the states, are reserved to the states respectively or to the people..... Not only, therefore, can there be no loss of separate and independent autonomy to the states through their union under the Constitution, but it may be not unreasonably said, that the preservation of the states and the maintenance of their governments are as much within the design and care of the Constition, as the preservation of the Union and the maintenance of the national government. The Constitution, in all its provisions, looks to an indestructible union, composed of indestructible states.» [9]

These two sovereignties existing and exercising their sovereign powers in the same territory, are each supreme, each in its own sphere; and one cannot interfere with the other. Each has the taxing power, but neither can tax the agencies by which the other carries on its government under its sovereign power; because each is sovereign, neither can tax the agencies of the other, because the power to tax is the power to destroy. For this reason, a state cannot tax the salary of a federal judge, [10] nor the franchise of a United States Bank. [11]

For the same reason, because a state is a sovereignty, the United States cannot tax the salary of a state judge. The general government and the states, although both exist within the same territorial limits, are separate and distinct sovereignties, acting separately and independently of each other, within their respective spheres. The former, in its appropriate sphere, is supreme; but the states; within the limits of their powers not granted, are as independent

---

[9] Texas v. White, VII Wall. 700.

[10] Dobbins v. Erie County, 16 Pet. 435.

[11] McCullough v. Md. IV Wheat. 316. Osborne v. Bank of the U. S. IX Wheat. 738.

of the general government as that government, within its sphere, is independent of the states. [12]

Chief Justice Marshall said: « In our complex system, presenting the rare and difficult scheme of one general government whose action extends over the whole, but which possesses only certain enumerated powers, and of numerous state governments which retain and exercise all power not delegated to the Union, contests respecting power must arise. Were it even otherwise, the measures taken by the respective governments to execute their acknowledged powers, would often be of the same description, and might sometimes interfere. This, however, does not prove that the one is exercising, or has the right to exercise, the powers of the other. » [13]

Thus it clearly appears that, before the Constitution of the United States was adopted, all sovereign powers after the Revolution resided in the people of the respective states. Each state was a sovereign, and each had the same uncontrollable power as any of the nations; the fact that they were physically weak, did not in the least detract from their sovereignty. They each had the right, under International Law, to prosecute war and conclude peace, and govern itself, and maintain its rights among the nations. By the ratification of the Constitution by the states severally, they, each parted with a portion of its sovereignty, and thus was formed another government with a large part of the sovereignty that had formerly belonged to the states respectively; and now, neither state nor federal government is a complete sovereignty, but the sovereignty is divided, and we have, in the character of our two governments, dual sovereignty. So the declaration of many writers, that sovereignty is necessarily a unit, and indivisible, is clearly disproved by our almost perfect scheme of government, and by the declaration of our Supreme Court, so many times made, that the sovereignty has been divided.

---

[12] The Collector v. Day, XI Wall. 124. U. S. v. Cruikshank, 92 U. S., 542. Mugler v. Kansas, 123 U. S., 623. Kidd v. Pearson 128 U. S. 1.

[13] Gibbons v. Ogden, IX Wheat. 205.

SECTION III—UNITED STATES SOVEREIGNTY

United States sovereignty is that supreme, absolute and exclusive power granted to the United States by the states in the Constitution, within which it is supreme, and by which, without interference, it absolutely controls all the foreign relations of the government, and such internal matters as come within the esphere of its powers under the Constitution.

The United States government has no powers except those granted to it by the people of the states in the Constitution. If the people of the states had not been sovereign, they could not have granted sovereign powers, and could not have created a sovereign government. This grant of power is either expressed, or is reasonably implied from the powers expressly granted. Acting within these granted powers, the government of the United States is supreme, [1] and proceeds without interference of the states. As a sovereign, it has no particular place of residence, but in contemplation of law, possesses an ubiquity throughout the Union. [2]

The United States is a sovereign, independent nation, vested with entire and exclusive control of international relations, and with all the power of government, to maintain that control and make it effective. [3] It has the sovereign power to acquire territory in any part of the world, by discovery, purchase or conquest, and dispose of it at will, and govern the people of such territory. [4]

---

[1] M. Cullough v. Md. IV Wheat. 316.

[2] Vaughan v. Northrop, 15 Pet. 1. Wyman v. Halstead, 109 U. S. 654.

[3] Fong Yue Ting v. U. S., 149 U. S., 698. Chae Chan Ping v. U. S., 130 U. S. 581. Knox v. Lee, 12 Wall. 457, Ekin v. U. S., 142 U. S. 651.

[4] Delassus v. U. S. IX Pet. 117. American Ins. Co. v. Canter, I I Pet. 511. Strother v. Lucas, 12 Pet. 410, Leitensdorper v. Webb, 20 How. 176. U. S. v. Percheman, VII Pet. 51. U. S. v. De Repentigny v. Wall. 211. Jones v. McMasters, 20 How. 8. Airhardt v. Massion, 98 U. S., 491. Fleming v. Page, IX How. 603. U. S. v. Arredondo, VI Pet. 691. U. S. v. Clarke, VIII Pet. 436.

It has the sovereign power to maintain its own existence against all who oppose it, whether its enemies are internal or external. This supreme and exclusive power to maintain its own existence and integrity, and control of all international relations, as well as its powers to a limited extent of internal government, was freely granted to it by the people of the states in the Constitution, and, onee granted, the power must for ever remain.

SECTION IV — STATE SOVEREIGNTY

State sovereignty is that supreme, absolute and exclusive power of a state of the Union under its reserved power to govern itself; and includes all the sovereign powers which each of the thirteen original states possessed, except such of those powers as was, by those states, surrendered to the United States by the Constitution, ratified by the people of those states respectively.

We have seen that, before the Constitution was ratified, the people of each state were sovereign. They never parted with their sovereignty, or any part of it, except in the league of friendship, called the Articles of Confederation, certain of their sovereign powers were expressly surrendered to the Confederation. But these powers, by the consent of all the states, were resumed; then all that had been granted under the Articles of Confederation, which were few indeed, were granted, not delegated, greatly increased in number, to the government of the United States by the Constitution.

Chief Justice Marshall said: «When these allied sovereigns converted their league into a government, when they converted their Congress of Ambassadors, deputed to deliberate on their common concerns and to recommend measures of general utility, into a legislature empowered to enact laws on the most interesting subjects, the whole character in which the states appear, underwent a change, the extent of which must

be determined by a fair construction of the instrument by which that change was effected.»[1]

Are the states still sovereign after this great change in the Federal Government? A recent writer on American government has said: «It is idle to hold that any body politic is sovereign, in the proper sense of the word, to which is denied such powers as entering into treaties, granting letters of marque and reprisal, coining money, emitting billis of credit, establishing legal tenders, laying imposts and tonnage taxes, keeping troops and ships of war in time of peace and engaging in war.»[2]

Many of these powers relate to regulating foreign relations, and the others to matters in which the people of the different states have a common interest; still, it leaves nearly the whole of the internal local government entirely to the states. Sovereignty is just as essential to internal government, as it is for regulating intercourse with other nations. It might with equal propriety be said that the United States is not a sovereign, in any proper sense of the word, because it has nothing whatever to do with the internal affairs of the state; it can exercise no power in this domain; the states have absolute, supreme and exclusive control of making and administering all the laws within the state, for the protection of life, liberty and property; and although the federal officers might believe, aye, know, that a citizen of the United States, by a state court was unjustly condemned to die, and the day fixed for his execution, yet the United States would be as powerless to interfere and save his life, as would Great Britain; and yet no one thinks it idle to call the United States a sovereign.

Mr. Justice Field said: « We admit the proposition of the counsel of Missouri, that the states which existed previous to the adoption of the federal Constitution, possessed originally all the attributes of sovereignty; that they still retain those attributes except as they have been surrendered by the formation of the Constitution, and the amendments thereto. That the new states, upon their admission into the Union, became

[1] Gibbons v. Ogden, IX Wheat. 187.

[2] Hinsdale, Amer. Gov. 247.

invested with equal rights, and were thereafter subject to similar restrictions. » [3]

Whatever powers are not delegated by the Constitution to the United States, and not prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, i. e. to the people of the respective states. [4]

Chief Justice Taney said: « It was the people of the states who adopted the government of the United States, and conferred upon it all the powers, legislative, executive and judicial, which it now possesses.» [5]

Chief Justice Marshall, in many cases, calls the states sovereign. The United States derived its sovereignty from the people of the states by their grant in the Constitution. [6]

In another great case Chief Justice Marshall for the Court said, speaking of the powers of the Federal Government: « If it could be doubted whether from its nature it were not supreme in all cases where it is empowered to act, that doubt would be removed by the declaration, that this Constitution and all laws of the United States which shall be made in pursuance thereof, and all treaties made or which shall be made under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any state to the contrary, notwithstanding » " This ", says the great jurist, « is the authoritative language of the American people, and if gentlemen please, of the American states.» [7]

The several states exercised the same comity towards each other as foreign nations do, and this is because they are sovereign. They acknowledge no rights of the other states as against them, outside

---

[3] Cummings v. Mo. IV Wall. 277.

[4] Cooley, Prin. Const. Law, 28. Calder v. Bull. III Dall. 386. Gibbons v. Ogden, IX Wheat. 1. Briscoe v. Bank of Ky., XI Pet. 257. Gilman v. Phila. III Wall. 713. Slaughter-house Cases, 16 Wall. 36. U. S. v. Cruikshank, 92 U. S., 542.

[5] Ableman v. Booth, 21 How. 506.

[6] McCul. v. Md. IV Wheat. 316.

[7] Cohens v. Va. VI Wheat. 264.

of the rule of comity between nations, except such as were surrendered by the states in the federal Constitution, for the good of all. [8]

It is well settled that, by comity among nations, a corporation, created by one sovereignty, is permitted to make contracts in another, and to sue in its courts, and that the same comity prevails among the several sovereignties of the Union. [9]

Each state has the same unlimited jurisdiction over all persons and things within its territorial limits, as any foreign nation, except so far as it has been surrendered to the United States, or restrained in its exercise by the Constitution. [10]

When the Revolution took place, the people of each state became sovereign, and so remained, [11] except as to national purposes, the states are foreign to and independent of each other. [12] No state has any power whatever over another state, and the United States has no power over a state, or the people thereof, and cannot interfere with their sovereignty, except so far as it is permitted to do so in the grant of power in the Constitution of the United States. The states, under their sovereign power, irrespective of their operations and restrictions of the Federal Constitution, are unlimited except by the constitution of the state. [13]

The states lost none of their sovereign power in the late Civil War. [14] They came out of it with their autonomy and sovereign powers complete. The states were never out of the Union. [15] It is a mistake to suppose that the war settled any thing against state sovereignty, except that no state, after having come

---

[8] Bank of Augusta v. Earle, 13 Pet. 590.

[9] Ib. 590.

[10] City of N. Y. v. Miln, XI Pet. 102.

[11] Martin v. Waddell, 16 Pet. 367.

[12] Buckner v. Finley, II Pet. 586

[13] Giozza, v. Tiernan, 148 U. S., 657.

[14] Texas v. White, VII Wall. 725.

[15] Ib. 700. White v. Hart, 13. Wall. 646. Williams v. Bruffy, 96 U. S., 176. Keith v. Clark, 97 U. S. 454. White v. Cannon, 6 Wall. 443.

into the Union, could afterwards secede therefrom. Comparatively few statesmen ever asserted that a state had, under the Constitution, the right, at its pleasure, to withdraw from the Union. That question was finally settled by the war, against the right, and in the decision, all the states in which the right of secession was claimed, acquiesced. The states have now all the sovereignty that belonged to the thirteen original states after the Constitution of the United States was ratified.

SECTION V—OPERATION OF DUAL SOVEREIGNTY

This government has existed for over a hundred years. The United States has been accorded all the rights of a sovereign nation in all those matters which belong to it under the Constitution. The states have also exercised their sovereign power, which includes all that pertains to local government, and these rights of sovereignty have been fully acknowledged by the general government. Whenever there has been a conflict between the claims of these two sovereignties, existing and operating their respective governments within the same territorial limits, the Supreme Court of the United States, which has always been the safe-guard of both sovereign governments, and which, by the Constitution, was created for the purpose, has decided whether the sovereign power exercised, rightly belonged nnder the Constitution of the United States, or under the reserved powers of the states, to the one sovereignty or the other.

And right well has our Supreme Court, in peace or war, performed that delicate and most important duty. That court has been the great conservative power that has preserved us a nation, and preserved the rights of the states. Mr. Justice Miller, in a great case in which was involved the greatest interests, and in the decision of which our form of government was trembling in the balance, modestly and correctly said, in accord with the truth of the judicial history of that great court: « But whatever fluctuations may be seen in the history of public opinion on this subject during the period of our national existence,

we think it will be found that this court, so far as its functions have required, has always held with a steady and an even hand the balance between state and federal power, and we trust that such shall continue to be its relation to that subject, so long as it shall have duties to perform which demand of it a construction of the Constitution or any of its parts». [1]

These two sovereignties have moved within their respective spheres for over a century with but little friction, and have shown to the world that this is the most stable, as it is the freest government on earth. It was in the exercise of its powers during the Civil War, and it is due to this dual system of government, differing from all that had preceded it, that the national government survived the war; for it is the only instance in the history of the world where a great Republican government survived an internecine war.

And now, with a grand national sovereign government, with forty-five sovereign states within its boundary, containing a population of over seventy millions of people, the powers of the sovereign national government and the powers of each of the sovereign states being exercised within the same territorial limits without triction, shows to the world the grandest scheme of government ever devised by man.

OKEY JOHNSON.

---

[1] Slaughter-house Cases, 16 Wall. 82.

DIREITO PUBLICO

Theses I e II

DISSERTAÇÕES APRESENTADAS

PELO

DESEMBARGADOR

Francisco de Salles Meira e Sá

REPRESENTANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE.

Ao Exm. Sr.

Dr. Manoel A. de Souza Sá Vianna

Illustrado Secretario do Instituto da Ordem dos Advogados Brazileiros, benemerito promotor do Congresso Juridico Americano para commemorar o 4° Centenario do Descobrimento do Brazil e muito digno Secretario geral do mesmo Congresso, offereço este trabalho, prova modestissima de minha admiração sincera e enthusiastica.

M. e S.

DIREITO PUBLICO

THESES I E II

I. E' admissivel, em face dos principios, a doutrina de uma soberania dividida entre o Estado Federal (União) e os Estados Federados (membros da União) ?

II. Admittido o principio da unidade do direito privado, é justificavel o systema da diversidade do processo, cabendo á União e aos Estados a competencia para legislarem sobre este assumpto segundo regras preestabelecidas na Constituição Nacional ?

1. A doutrina de uma supposta soberania, dividida ou não, dos Estados Federados (membros da União) incerra, penso, uma contradicção nos termos, é avêssa aos principios scientificos dominantes no direito publico, e contém em si, o que mais é — o germen de um grandissimo perigo na vida politica da nação ; perigo que se deve ter muito em vista e urge a todo o transe ser prevenido ou evitado.

Pura miragem, [1] essa doutrina, filha até certo ponto do *meio*, acolhida e exagerada em cerebros incandescentes, enthusiastas em demasia, e por isso mesmo pouco ponderados dos *politicos*, embora illustres e bem intencionados — muitos, mas um tanto *idealistas*, preparou e ateou, em proveito do captiveiro, nos Estados Unidos da America do Norte, o facho da tremenda lucta civil separatista (1861-1865), e quasi desfacela de vez aquella grande nação, cuja historia, neste particular principalmente, deve o Brazil não esquecer jámais.

---

[1] A' qual não escaparam espiritos verdadeiramente superiores, como Jefferson e Madson. Vide: Laboulaye — Histoire des Etats-Unis, Paris, 1876, pags. 250-230 e 488.

Aliás, aquella illusão americana, como alguem denominou, hoje quasi abandonada alli, pode-se assim dizer, tinha certa filiação historica na primitiva Confederação (1777-1787) [2] e quiçá mais longe, pois é um facto que, quando o *Segundo Congresso Continental* de 10 de maio de 1775 decretou a confederação das colonias, cuja independencia collectiva foi pouco depois solemnemente proclamada (4 de julho de 1776), algumas dentre ellas tinham já sacudido o jugo da Inglaterra. [3]

2. Entre nós, porém, sabe-se que as cousas se passaram de modo diverso, os antecedentes são inteiramente outros, defluem de premissas differentes.

A revolução de 15 de novembro fez a União, proclamou a Federação e creou os Estados (decreto n. 1 do Governo Provisorio). O Congresso Constituinte sanccionou isso mesmo, e consolidou o acto revolucionario, que as provincias, só posteriormente, haviam acceitado.

Eis como as antigas provincias do imperio centralisador subiram á linha de entidades federadas, constituindo todas, « por união perpetua e indissoluvel os Estados Unidos do Brazil », conforme a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, arts. 1 e 2.

Consoantemente todos os Estados, proclamando o principio basico da Federação qual é — a união indissoluvel dos Estados — organisaram-se « como parte integrante da União ou da Republica dos Estados Unidos do Brazil. Vide respectivas Constituições, art. 1°. [4]

3. Com relação, pois, ao Brazil, póde-se repetir com inteira e incontestavel exactidão historica as palavras do grande Abraham Lincoln na sua memoravel mensagem de 4 de julho de 1861: « Os Estados teem o seu *estado* na União, e não outro estado, fóra dahi.

---

[2] Propriamente só em 1 de março de 1781 a Carta da Confederação entrou em vigor, pois que só então deu-se a final rectificação por parte de todas as colonias.

[3] A. Moireau, *Histoire des Etats de l'Amerique du Nord*, 1892, vol. II, Cap. IV.

[4] Algumas dellas usam da expressão: Estado *confederado*, mostrando assim ignorancia do proprio regimen que acceitaram. Está neste caso a do Espirito Santo... Consulte-se R. Piédelievre. *Precis du droit int. public*, 1894, n. 95, pag. 78; — Calvo. *Le droit int. theorique et pratique*, I, pag. 189, Tocquevilee, *De la democratie en Amérique*, I, ch. 8 pags. 186, 241.

A União é mais antiga do que os Estados, e de facto os creou como Estados. »

Incontestavel é: á autoridade dos Estados, circumscripta aos limites territoriaes, e, conseguintemente, toda local, superpõe-se, sem com ella confundir-se, a autoridade da União. Tal é o que entre nós deflue de modo claro e positivo de muitas clausulas do Estatuto de 24 de fevereiro. São exemplos deste asserto as disposições dos arts. 4, verb... *e approvação*,— 6, ns. 1, 2 * e 4, — 34 n. 5, verb... *bem como* o n. 28, — 48 n. 16 verb... *e approvar*, — 59, I, lettras *c, d* e *e* II, § 1, lettras *a* e *b*; 63 verb... *respeitados*, 61, 65, n. 1, ** — 66, ns. 1, 2, 5, além do art. 1, e de outros.

Os Estados, em uma palavra, não podem existir sinão dentro da Constituição, o que quer dizer — com a União, e dentro da União: não lhes assiste o direito de *nullificação* de leis federaes, nem o de *successão*, nem tão pouco de *neutralidade* no conflicto entre o Governo Federal e um delles, que procure ou tente desaggregar-se.

Assim, a soberania dos Estados federados (membros da União), em verdade não existe, a menos que não se dê áquelle vocabulo uma significação de todo o ponto incompativel comsigo mesma, com os principios scientificos e com a propria natureza da Federação. Os mesmos Estados, para bem dizer, não são Estados no sentido proprio, technico ou scientifico da palavra; mas, circumscripções politicas de governo proprio e relativamente autonomo, isto é, no que se refere á vida e aos interesses puramente locaes, conforme as prescripções da Carta Federal — são organismos politicos de ordem subalterna relativamente á União, da qual são membros componentes, e, portanto, dependentes.

4. Soberano é o Estado Federal — a União, entendida convenientemente, como o todo organico juridico superior, a integração politica da nação — *potencia*, a manifestação e affirmação juridica da personalidade nacional, si bem exprimo o meu pensamento,

---

* Conferem: art. 4, secção 4 da Constituição dos Estados Unidos; art. 5 da Argentina; art. 109 da Mexicana, e art. 66 da Suissa.

** Conferem: arts. I, secção 10, n. 3 da Constituição dos Estados Unidos; art. 107 da Argentina.

porque convém fixar que é no sentido technico juridico, isto é, como affirmação da personalidade da nação, a que corresponde justamente a noção de soberania, que aqui encaro e considero este vocabulo. [5]

Soberano em synthese final, por outros termos e mais á lettra do regimen e padrão que adoptámos, é o *povo* « concebido como um todo politicamente organisado », ao qual, em ultima analyse, compete originaria e directamente exercer em momentos solemnes a *Suprema vontade*, nos termos do art. 5 da Constituição norte-americana e art. 90 da Constituição brazileira. [6]

Penso, pois, que é inadmissivel, em face dos principios, e até perigosa, a doutrina de uma soberania dividida entre o Estado federal (União) e os Estados federados « membros da União ».

II. Admittido o principio da unidade do direito privado, é justificavel o systema da diversidade do processo, cabendo á União e aos Estados a competencia para legislarem sobre este assumpto segundo regras prestabelecidas na Constituição Nacional ?

5. A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, firmando no Brazil o regimen republicano federativo, o fez nos mais largos moldes. Assim, rompendo com o que até então estava estabelecido quanto ao instituto do direito privado, consagrou a dualidade da justiça: uma federal, outra dos Estados (arts. 55, 61 e 62).

Como consequencia disso, teve de determinar a competencia legislativa da União e dos Estados relativamente ao mesmo instituto em si e no seu desdobramento pratico.

Nesta conformidade estatuiu que á União, por intermedio do Congresso Nacional, compete, privativamente, legislar sobre o direito civil, commercial e

---

[5] Orlando — *Principii di diritto costituzionale*, Frenze, 1894, 3º ed.

[6] Ruy Barbosa — *Os actos inconstitucionaes*, pags. 27-29, 62-88 ; E. Laboulaye, *histoire des Etats Unis*, Paris, 1876, pags. 203 e seguintes, Preface, VII — IX.

criminal e o processual da Justiça Federal (art. 34, § 23); ao passo que, por via de exclusão e mediante clausula geral, deixou livre aos Estados a competencia para legislarem sobre o direito processual das respectivas justiças (Artigos citados combinados com os arts. 53 e 65, n. 2). Temos pois:

a) unidade do direito objectivo — lei, these ou regra abstracta — civil, commercial e criminal, direito material, segundo alguns autores, *the substantive law*, na expressão de Bentham;

b) multiplicidade de direito formal, *the adjective law*, do celebre jurista inglez, lei processual, *lato sensu*, abrangendo a organisação judiciaria e o complexo das fórmas reguladoras do exercicio das relações do direito.

Foi isto um bem? E' isto justificavel?

6. Admittido, como foi em boa hora, o principio da unidade do direito privado, penso que o mais natural, o mais logico, o mais conveniente mesmo, era o systema da unidade do processo. [7]

De facto, si o direito privado é *uno*, mal se comprehende, como e porque esse mesmo direito — these, deva, em concreto, pôr-se em effectividade, manifestar-se, realizar-se ou traduzir-se em *acto* de modos e fórmas diversas, sem perigo de desfigurar-se, sem quebra da propria identidade, o que mesmo parece um barbaro illogismo, e até inconveniente sob o ponto de vista politico; porque é desconhecer, de um lado, na unidade do direito, um élo fortissimo de nacionalidade, que convinha respeitar, manter ou estreitar cada vez mais, a exemplo de outros povos, [8] e nunca despedaçar, e, de outro lado, a harmonia intima que deve

---

[7] Era idéa do Governo Provisorio, altamente defendida pelo então Ministro da Justiça Dr. Campos Salles, a multiplicidade dos codigos de direito substantivo ou material. E é de inteira justiça consignar aqui que aos esforços, principalmente de dous dos nossos mais doutos jurisconsultos, com assento, felizmente, na Constituinte — Drs. José Hygino D. Pereira e Amphilophio de Carvalho, se deve o ter fracassado aquelle temeroso empenho que seria um verdadeiro desastre para a Republica, o maior passo para a desintegração da patria.

[8] São exemplo disso a Suissa com o seu *Codigo Federal das obrigações* e a Allemanha com o seu novo *Codigo Civil*. A tendencia geral para a unidade da legislação é uma verdade, que cada dia se accentua entre os povos mais civilisados, constituidos de origens diversas. V. *Lições de legislação comparada sobre o direito privado*, do Dr. Clovis Bevilacqua, 2ª ed. pag. 117 e segs.

existir entre as leis de *fundo* e as leis de *fórma*. De certo cada uma dellas póde ter, e com effeito tem, o seu desenvolvimento proprio, porém de modo que se completam, formando no seu conjunto um todo organico. E' engenhosa e perfeita a seguinte imagem de Manfredini:

« La procedura civile e il diritto civile sono fratoro strettamente legati como due ruote d'una medesima machina incieme addentellate, delle quale una non puó *muoversi* senze dell'altra e senze muovere l'altra.» [9]

7. Mais claro, de modo mais comprehensivo e radical.

Si o direito em sentido stricto — these declaratoria das relações de direito, consideradas em abstracto, é — *uno, um* deve ser tambem o direito judiciario no seu mais largo significado, isto é, abrangendo as fórmas da acção, os modos de exercel-a, como a organisação judiciaria e as fórmulas por que o poder judiciario funcciona. Com effeito:

a) O direito não é uma pura abstracção legislativa, não existe para permanecer como idealidade simples, ou como esphynge quieta e muda dentro das folhas de um codigo, mas para a vida dos povos, para tutelar os interesses humanos, para assegural-os e reintegral-os, quando ameaçados ou violados, — é, antes de tudo, uma *idéa pratica*, no dizer expressivo de Ihering [10]; idéa pratica que se concretisa na protecção juridica — por meio do Juiz, da acção e do processo.

Ora, a ordem juridica, condição da ordem social, tem por alvo essencial, ainda segundo o sabio professor de Goettingen, — a realização *segura* e *constante* do direito [11]; e essa realização *segura* e *constante* só a uniformidade dos orgãos e dos meios de protecção póde dar.

A multiplicidade e a variedade a este respeito só podem produzir a confusão, o cháos, a anarchia, vão

---

[9] *Prog. del corso di diritto giudisiario*, n. 73.

[10] *La Lutte pour le droit*, trad. de Meulenaere, 1890.

[11] *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, 3ª ed., § 11.

de encontro á lei geral da simplificação, que impõe a identidade de orgãos e de meios para identicas funcções e fins.

Não é difficil perceber que o mesmo direito, vestindo differentes roupagens, subordinado a diversos meios e modos de processo — segundo os Estados, não terá o mesmo caracter de estabilidade, segurança e unidade que deve ter; porque sabe-se quanto a *fórma*, mais ou menos sobrecarregada ou complicada, póde influir, e realmente influe, no estudo, apreciação e applicação do direito.

Em uma palavra: si a *fórma*, si o processo, emquanto considerado o conjunto das *norma agendi*, não é identico quanto aos seus elementos *quantitativo, qualificativo e morphologico* na expressão do preclaro autor do *Espirito do Direito Romano*, [12] e não póde ser identico, desde que fica ao criterio variavel de cada Estado, é claro que o direito, visto, encarado e applicado atravez dessas lentes differentes, se resentirá necessariamente disso; diversificará, por força, conforme os diversos aspectos por que fôr olhado.

Já não será sómente a cabeça de Janus com duplo aspecto, de que falla o douto autor *Der Kampfum's Racht*, mas novo Janus de faces multiplas, variando de Estado a Estado.

Em ultima analyse, pois, a propria unidade do direito privado, que a Constituição procurou e quiz firmar, tornar-se-ha uma completa illusão. [13]

---

[12] Traducção e ed. cit., vol. 3, § 50, pag. 173 e segs., e § 43, pags. 22 e 23.

[13] Já uma vez, tratando incidentemente deste assumpto (Revista do Rio Grande do Norte, 1 vol., 1889, pag. 309) eu disse: « Não dissimularei, porém, que desse decepamento de *ramos do mesmo tronco, que vivem da mesma vida e se nutrem da mesma seiva*, para servir-me de uma pittoresca phrase do egregio autor dos *Estudos de Direito*, com inteira applicação ao caso, póde resultar na vida real juridica mais um desastre serio, póde provir menos sadia floração, e, conseguintemente, fructos menos sazonados, na sacra, boa e protectora arvore do direito. » A prova fornece-a agora a affirmação um tanto cruel (mas por que não proferil-a, si é a verdade, consequencia inevitavel da dualidade constitucional?) a prova fornece-a agora, dizia, a affirmação de um espirito incontestavelmente autorisado e superior: « E' por isso que o estado actual da jurisprudencia brazileira... é uma lastima. » V. Dr. João Monteiro, *Theoria do Proc. Civil e Commercial*. S. Paulo, 1899, nota 5 á pag. 66.

b) Por outro lado: o direito civil, commercial e criminal entra no quadro do direito publico interno do Estado, é inherente á *soberania* deste; e, sendo, como é, « a primeira missão do Estado e a mais indispensavel, — traduzir o direito em caracteres visiveis e assegurar a sua autoridade », segundo o profundo Savigny, [14] independente mesmo, em materia penal e em regra, de qualquer interesse privado, [15] é manifesto que o direito judiciario, entendido no seu mais largo sentido, entra por igual no quadro do direito publico interno do Estado, e, conseguintemente, compete ou deve competir ao Estado *soberano*, [16] qual é entre nós a União, orgão politico personificador da collectividade. (V. ns. 3 e 4.)

c) De mais, do que fica dito se conclue, e já o disse, estudando a « Origem e a natureza do phenomeno juridico », um dos juristas mais notaveis da Italia contemporanea: « Historica e logicamente, diz Cogliolo, não se póde separar o direito do juiz, *o jus da actio* ». D'ahi vem o preclaro professor, á luz da philosophia scientifica baseada na historia, que o mesmo é dizer — baseada no estudo dos factos, pondo de lado concepções simples, mas falsas, de um racionalismo abstracto, conforme bem o diz, definir o direito: *a norma provida de acção e garatida pelo juiz.* [17]

Ora, a Constituição Brazileira consagra a unidade da norma juridica, que é da privativa competencia da União, pelo orgão do Congresso Federal; mas, illogicamente, penso, separando o direito da acção, do juiz e do processo, deixa-o, abandona-o, póde-se dizer assim, exactamente no seu momento mais urgente, quiçá mais importante — qual é aquelle em que o direito, ameaçado, contestado ou usurpado, procura e deve manter-se, realizar-se ou reintegrar-se pela coacção legal, como *confirmação da ordem ju-*

---

[14] *Tratado do Dir. R.* Traducção de Guenaux, 2ª ed. § 9, pag. 25.

[15] Ihering, *La lutte*, cit. pags. 155 e 56. V. tambem Luccini, *Elementi di procedura penale, 1895*. ns. 4 e 18.

[16] V. Mortara, *Principii di Procedura civile*, 1895, ns. 10 e 11.

[17] *Filosofia del diritto privato*, 1891, 2ª ed. pags. 29 e 38.

ridica, na bella expressão de von Liszt, [18] para entregal-o, na maior parte dos casos, á competencia, ou melhor, á discrição, ao criterio variavel, á mercê dos 20 Estados, afóra o Districto Federal — cada qual ardendo em assustadora febre de continuadas e desencontradas reformas justamente naquillo que, por sua propria natureza e essencia, exige pensada estabilidade, maxima ponderação, bem entendida uniformidade e harmonia completa.

Si a *norma juridica*, de certo — indispensavel manifestação de protecção da ordem juridica aos interesses humanos, mas em si mesma considerada simples regra abstracta, interessa sobremaneira á União, que della fez objecto de sua privativa competencia, como não lhe interessar de igual modo e por motivo talvez maior, a passagem do *abstracto* ao *concreto*, da *idéa* ao *facto*, quero dizer: a *effectividade*, a *realização* da norma pela *acção*, que aliás *constitue a essencia* mesma *do direito*, segundo Ihering? [19] Como não lhe interessar, igualmente, o *juiz*, a *acção*, o *processo*, que são os orgãos da effectividade, da realização do direito, a segurança e affirmação da protecção juridica indicada na propria norma, sem o que esta será *parola vana ed illusoria*, na expressão de Mortara? [20]

Em vista, pois, do que em synthese fica expendido, resolvo pela negativa a questão proposta: Admittido o principio da unidade do direito privado, não é justificavel o systema da diversidade do processo.

FRANCISCO DE SALLES MEIRA E SÁ.

[18] *Tratado do direito penal allemão*, traducção do dr. José Hygino Duarte Pereira, 1899, § 12, n. III, pag. 90.

[19] *La lutte pour le droit*, pag. 85.

[20] Obra cit., n. 1, pag. 6.

DIREITO PUBLICO

These II

DISSERTAÇÃO APRESENTADA

PELO

Dr. Amaro Cavalcanti

(RELATOR)

Representante do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros

DIREITO PUBLICO

THESE II

II. Admittido o principio da unidade do direito privado, é justificavel o systema da diversidade do processo, cabendo á União e aos Estados a competencia para legislarem sobre este assumpto segundo regras preestabelecidas na Constituição Nacional?

Entendemos a expressão — «direito privado» — da questão proposta, como comprehensiva do direito civil, commercial e criminal da Republica, que a Constituição Federal declara da competencia privativa do Congresso Nacional, com exclusão inteira do legislativo estadoal nessa materia (Const. cit. art. 34, n. 23). Assim encarada a questão, o que por ella se pretende, é averiguar si, em boa razão juridica, póde o *direito processual* ser attribuido aos Estados-membros da Federação sem por isso prejudicar-se essencialmente ás proprias instituições do *direito substantivo*, que como se disse, cumpre ao poder federal estatuir, guardar e fazer guardar, fiel e cumpridamente, em todo o territorio da União. [1]

O assumpto é, como se vê, da maxima relevancia, e a sua elucidação póde suscitar larga controversia. Mas, por nossa parte, presuppondo o conhecimento geral dos principios, que o regem, e a experiencia já feita dos factos da nossa vida politica na federação, não julgamos de mister entrar em longos desenvolvimentos, para que se possa chegar ás suas legitimas conclusões.

---

[1] Diremos — *direito substantivo*, em vez de *direito material*; e *direito processual* ou *adjectivo*, em vez de *direito formal*, dando áquelles qualificativos o mesmo sentido, com o qual Bentham empregara na sua classificação as expressões — leis *substantivas* e leis *adjectivas*.

I

E' no direito privado de um povo, que está, para assim dizer, a *substancia* da sua vida juridica.

As prescripções, mais sabias e prudentes, da Lei Constitucional não passarão de theses abstractas da razão e da sciencia, ou de textos vasios de valor e efficacia, si os institutos do direito privado não vierem assegurar a cada individuo, a cada familia e ás diversas classes da sociedade, garantias effectivas, permanentes, de paz, de actividade, de liberdade e propriedade em todos os casos e circumstancias.

De certo; não ha quem ignore, que é no corpo do direito privado *(quod ad singulorum utilitatem spectat)*, considerado nas suas partes principaes de *direito civil*, regulando as condições legitimas das pessoas, as relações diversas das cousas, as obrigações e os seus effeitos, [2] — de *direito commercial*, regulando os negocios e relações de natureza mercantil e os interesses, mais immediatos, da producção, circulação e consumo das riquezas na ordem interna e externa do paiz,— e de *direito criminal*, estabelecendo a defesa da tranquilidade commum, da honra, da vida e da propriedade, debaixo de uma sancção penal contra os agressores, — que se conteem os preceitos mais salutares, *i. e. as regras quotidianas* indispensaveis á propria co-existencia e acção mutua dos individuos, uma vez reunidos em communhão ou sociedade. Póde-se mesmo affirmar, sem exageração de conceito, — que o direito privado abrange e regula quasi todas as manifestações da actividade humana, em seu desenvolvimento continuo no tempo e no espaço. [3]

O constituinte brazileiro procedeu, sem duvida, com a maior sabedoria e acerto, confiando ao poder publico nacional, e não aos poderes locaes da Federação, a formação e tutela de tamanhos direitos e interesses; porque elles não se circumscrevem á esta ou áquella parcella de territorio, mas são uniformes, persistem identicos, e, como taes, devem ser procla-

---

[2] P. Bueno — Direito Publico Brazileiro.

[3] Coelho Rodrigues — Introd. ao Projecto do Codigo Civil.

mados, regulados e mantidos com o mesmo vigor e efficacia em qualquer zona habitada do paiz.

Pena é que esse intuito, tão meritorio, do legislador constituinte fosse, de certo modo, logo trahido nos seus bons effeitos por outros dispositivos constitucionaes, manifestamente adoptados sem igual prudencia e criterio. Entre estes acha-se, com certeza, a restricção apparente, feita ao poder nacional de, em materia de processo, sómente legislar sobre o direito processual de justiça federal. Concorreu decisivamente para semelhante desacerto a consideração de que, devendo haver uma organisação de justiça estadoal, independente da lei federal, — aos Estados devera caber, de preferencia, a faculdade de ditar as regras do processo em relação á sua justiça.

E, deste modo, ao erro grave da dualidade judiciaria na Republica, veio ajuntar-se o mal enorme da diversidade das leis processuaes em toda a extensão do seu territorio.

Assim como não se havia attendido, que a *unidade* do direito privado devia ter por collorario a *unidade* da justiça, — assim tambem rompeu-se, sem razão procedente, a uniformidade do processo, aliás da maxima conveniencia, sinão, ás vezes, indispensavel, para que os institutos juridicos sejam capazes de igual applicação e valor em qualquer dos Estados da União.

Que importa que o Congresso Nacional vote as mais sabias disposições do direito civil, commercial e criminal, para terem o mesmo vigor em toda a Republica, si aquellas carecerem, respectivamente, de meios e modos praticos para a sua applicação conveniente ás pessoas e ás cousas?

O merito das leis não consiste no theor de seus preceitos, adoptados pelos congressos legislativos ou escriptos em artigos dos codigos; mas, principalmente, *essencialmente*, na certeza da sua effectividade com relação aos actos e factos occurrentes da vida social.

Em geral, o direito positivo reconhece uma qualidade, uma obrigação, uma faculdade ou garantia em favor de determinado sujeito.

E', porém, desnecessario accrescentar, que o simples *reconhecimento* do direito não satisfaz; precisa que o direito se converta em *acto*, *i. e.* que se manifeste praticamente ou se realize, como *força decisiva*, em

dado momento, e isto só se poderá dar, mediante um complexo de regras e formas, a que chamamos — processo.

Entretanto a Constituição federal, tendo conferido ao Legislativo Nacional o poder de formar o direito privado da Nação, deixou, não obstante, aos poderes estadoaes a faculdade de formarem, elles separadamente, como aprouver a cada um, o direito processual, segundo o qual deve ter applicação o primeiro desses direitos! E', como se houvesse estatuido, que o *todo* seguisse á *parte* e o *principal* ao *accessorio*, ou por outra,— que a *substancia do ser* ficasse dependente da sua forma!...

Referindo-se a esta incongruencia da nossa vida juridica, disse um ex-membro do Congresso Constituinte: « Não conheço, em sã consciencia, cousa mais repugnante no terreno dos principios, attentado maior contra a logica... A lei processual, subemol-o todos, não deve ser outra cousa, sinão a propria lei substantiva no seu processo de applicação, pois que o seu fim outro não é, sinão indicar os meios e os processos, pelos quaes aquella é chamada a ter applicação aos casos occurrentes. Como justificar semelhante separação? Como, pois, deixar á competencia dos Estados, como assumpto de sua plenitude legislativa, as leis que estabelecem e regulam taes processos, quando é da União, privativamente sua, na competencia da elaboração, a lei que por esses processos terá de ser applicada? A lei processual deve ser o reflexo da lei substantiva; naquella se deve reflectir, como em um espelho sem aço, todo o pensamento, espirito, intuitos e previsões desta. Uma é complemento e execução da outra.» [4] Em menos palavras: o direito sem e forma concreta na lei do processo é uma concepção puramente abstracta, por mais sublimes que sejam os seus preceitos e por mais perfeitas que sejam as suas regras. [5]

Na verdade, não é de razão presuppôr, e menos admittir, que poderes estranhos, numerosos, diversos,

---

[4] Amphilophio F. de Carvalho — Unidade Nacional e Federação.

[5] Bulhões Carvalho — Relatorio sobre a These n. 35 do Instituto da Ordem dos advogados brazileiros.

como são as legislaturas dos vinte Estados da União, tenham a intelligencia necessaria ou um criterio superior para, de perferencia, dictarem as regras e normas mais convenientes á boa execução do pensamento e intuitos do Legislador Nacional.

Pelo contrario, o que se nos apresenta, como intuitivo, é:— que o poder que faz a lei, encarnando nella o seu espirito, as suas previsões e a sua fé, seja, sinão o unico, por certo, o mais competente, para adoptar os meios praticos da sua boa applicação e effeitos. A cousa parece tão evidente por si mesma, que não póde deixar de, assim, impôr-se á consciencia de todos.

Além disto, é de considerar que na technica juridica não ha uma linha fixa, certa, invariavel, de separação entre o terreno proprio da lei substantiva e o da lei processual; daqui inevitavelmente, ora o legislador nacional terá de prescrever disposições ou preceitos que, aos olhos da critica, hão de parecer *regras de processo*, e ora o legislador estadoal, ao seu turno, invadirá a esphera do proprio direito substantivo sob o pretexto de bem regular as condições e fórmas das acções e processos.

A este proposito já foi observado com toda prudencia:

> « Quem estuda as questões relativas ao direito em si e os meios de se o tornar effetivo, *i. e.* encara o direito pelo lado abstracto ou, apenas, estabelecido e firmado, e pelo lado concreto,— prescripção do modo de garantil-o ou tornal-o uma realidade, não póde deixar de convencer-se de que estão tão unidos, que a sua separação em algumas occasiões é difficilima ou quasi impossivel... E' da maior inconveniencia em alguns assumptos legistar sem ter o poder de prescrever as regras indispensaveis para garantir o direito. A união do direito substantivo com o processual é de tal natureza, impõe-se de tal modo que, quando se legisla sobre um, insensivelmente vae-se invadindo a esphera do outro.
>
> « De que serve a união legislar, por exemplo, sobre o casamento e seus effeitos, hypothecas, penhores, privliegios e preferencias, si

não póder conjuntamente estabelécer as formas processuaes, indispensaveis, para que prevaleçam os intuitos que teve em vista ? » [6]

« A união da substancia e da forma, pondera um outro jurisconsulto, é tão estreita que em consciencia confessamos não saber como separal-as. Quando se constitue a familia pelo casamento, quando se adquire o dominio ou as servidões sobre as cousas, quando se estabelece um penhor, uma hypotheca, ou qualquer direito creditorio, ha necessidade de determinar a fórma e o processo adoptados para a constituição da familia, do dominio, da servidão, da hypotheca, do penhor ou da obrigação,— para fazer valer e respeitar o direito constituido.

« Supprimidas essas formulas ou *não garantidas por acções competentes*, não existe mais a familia legitima, nem o dominio, nem a servidão, nem a hypotheca, nem o penhor nem a obrigação, sinão como puras abstracções, sem realidade juridica. Seria o caso de dizer com Ulpiano:— *mutata forma, prope interemit substantiam rei*. » [7]

— Na presupposição racional de que qualquer instituto do direito privado é susceptivel de resistencia ou litigio, todos sabem que a sua efficacia só poderá tornar-se possivel no dominio dos factos, quando o direito abrange os tres momentos da sua existencia:— a sua these ou formula preceitual, — a organisação e exercicio da autoridade que deve applical-o aos casos occurrentes,— e os meios praticos ou os processos convenientes da sua applicação.

Desta simples observação é facil avaliar, quanto imperfeito será o poder do Congresso Nacional sobre a formação do direito privado da Republica, si, porventura, ao mesmo só competir, como se tem entendido, a *faculdade núa* de, apenas, enuncial-o, como um preceito moral, uma these abstracta. O campo

---

[6] Paranhos Montenegro — Discurso na Camara dos Deputados Federaes.

[7] Bulhões Carvalho — loco cit.

da sua objectividade efficiente, si assim podemos dizer, — que se preenche pela instituição e funccionamento regular da autoridade judiciaria competente e pelos meios processuaes necessarios á sua effectividade, — tudo isto, que é o mais importante no ordem dos factos sociaes, pertence, não a um outro poder, mas a numerosos outros poderes, que podem deliberar e prescrever a respeito, como actos de sua attribuição peculiar ou da sua competencia exclusiva.

Não ha negar. Considerada a competencia do Legislativo Nacional nas condições restrictas, que vimos de suppôr, será forçoso tambem convir, que os institutos do direito civil, commercial e criminal, creados pelo mesmo, não serão capazes de offerecer a segurança de applicabilidade e effeitos que, aliás, incumbe ao poder federal prover devidamente, como poder soberano da Nação.

De certo, como já foi com toda razão advertido, — o regimen da unidade do direito sob a Republica Federal poderia reduzir-se á uma simples phrase, si para sua effectividade ou realização não fossem estabelecidos os meios positivos ou de facto.[8]

II

E' cousa do conhecimento commum dos competentes, que na larga esphera do direito privado numerosos são os actos juridicos, cuja essencia ou substancia, pode-se affirmar, co-existe sempre em concreto com os *elementos formaes* pelos quaes se manifesta, — ou usando de alheias expressões, — nelles a forma e a prova do acto se consubstanciam por tal modo que não basta prescrever em que condições elle é valido, — é indispensavel, para apresental-o em sua integridade, descer aos detalhes, cuja ausencia o inutilisaria talvez. Assim é particularmente, diz Bevilaqua, em relação á celebração do casamento e á facção dos testamentos. As formalidades preliminares e as da celebração do casamento são processuaes, mas indispensaveis para o acabamento das linhas que desenham

---

[8] C. de Carvalho — Introducção ao Direito Civil Brasileiro Recopilado.

o instituto. Sem ellas o instituto estaria manco, imperfeito. Em relação aos testamentos, como determinar-lhes as formas sem, ao mesmo tempo, declarar quaes os requesitos essenciaes de cada uma dellas ? [9]

Aos dous exemplos citados, não é difficil accrescentar muitos outros actos de ordem judicial e extrajudicial, nos quaes a forma não é uma norma processual indifferente do acto, mas uma condição complementar, inseparavel do direito, que no acto se contém.

São de considerar neste caso as fórmas ou processos especiaes, que completam certas instituições tambem especiaes, [10] taes como: o theor de certos contractos para os quaes se exigem escripturas publicas, as letras de cambio, os protestos sobre as mesmas, e outros instrumentos extrajudiciaes que teem fé publica, e bem assim, certas acções judiciaes, fundadas em obrigações especiaes, a que a lei dá uma efficacia maior, ou em documentos de valor probante irrecusavel, como sejam— a acção decendial, a executiva, a hypothecaria, a de aluguel e despejo de casas, a de frétes, os interdictos possessorios, o sequestro, o deposito, a fallencia e outros actos semelhantes.

Quando o legislador reconhece a determinados instrumentos um caracter juridico e uma força probante especiaes, e á certos titulos de direito uma garantia particular, para a sua prompta realisação ou efficacia immediata, é por que elle presuppõe ou já conhece a existencia de um typo determinado de fórmas ou meios praticos, pelos quaes esses instrumentos são redigidos e esses titulos processados; si assim não fôra, « as instituições perderiam a sua razão de ser, ou pelo menos, perderiam a efficacia que o legislador lhes quiz communicar. » [11]

A separação completa do direito processual, encarado sob o ponto de vista do direito criminal, chega a apresentar um aspecto até irritante... Como admittir, em principio, que individuos, autores de crimes da

---

[9] Bevilaqua — Observações para esclarecimento do Proj. do Codigo Civil Brasileiro.

[10] João Mendes Junior — Uniformidade do Direito Brasileiro.

[11] João Mendes Junior— loc. cit.

mesma natureza, praticados nas mesmas condições, e, portanto, sujeitos á identica penalidade, possam, no entanto, ser tratados *diversamente* nas justiças da Republica,— em obediencia ás exigencias processuaes do respectivo Estado ?! Como admittir ainda, que na applicação de um só direito, — a fiança, a formação da culpa, o habeas-corpus, o jury e a execução das sentenças,— possa haver processos differentes, aqui *liberaes* em seus termos e formalidades, e alli, *restrictos, ferrenhos,*— tratando-se, aliás, da responsabilidade juridica de individuos, pertencentes á um só povo, habitantes de um só paiz, e todos regidos por uma só lei penal ! ?

Porventura observa-se a *igualdade da lei,* que a Constituição da Republica expressamente garante, sendo, neste Estado, o autor de um crime julgado por juizes de facto com votos a descoberto, e em outro, por votação secreta ;— aqui, lhe sendo facultado o direito de recuzar peremptoriamente um certo numero de jurados, e alli, lhe sendo absolutamente negado esse direito ;— aqui exigindo-se o numero de doze juizes de facto para compôr o jury de sentença, e alli, apenas o de cinco; quando é certo, que no primeiro logar são necessarios, pelo menos sete votos para a condemnação, e no segundo, ella se póde dar por menos da metade deste numero ? [12]

Não; não pode ser assim. Tudo isto, além de inconstitucional, poderá ter o nome que quizerem, menos o de *distribuição igual* da justiça ou applicação justa da lei.

E isto posto, quer-nos parecer, que tambem não ha necessidade de mais insistir neste ponto, para que se veja que a *diversidade do direito processual* não póde subsistir, sem prejudicar aos intuitos do direito substantivo, sinão, as vezes, à propria razão de ser e ás garantias do mesmo direito.

III

Collocando-nos no ponto de vista da opinião mais geral sobre o assumpto, temos até agora admittido,

---

[12] RUY BARBOZA— O Jury.

como cousa certa, a competencia *inteira* dos Estados federados para legislarem sobre o direito processual, com exclusão do Legislativo Nacional, a não ser que se trate de materia sujeita á jurisdicção da justiça federal. Essa opinião, não se ignora, assenta no facto sabido da legislação processual vigente em cada Estado e tambem no assentimento, expresso ou tacito, dos poderes federaes a esse respeito.

Entretanto, ao nosso vêr, é preciso relêr os textos da Constituição, combinal-os em seus dispositivos, bem examinal-os no seu espirito e alcance, para que se possa affirmar com criterio, qual deva ser a acção e extensão do poder nacional e dos poderes locaes nesta importante materia.

Antes de tudo, é de attender que a competencia dos Estados sobre o direito processual, nem *lata* nem *restricta*, se acha consagrada por nenhuma disposição explicita do direito constitucional. O legislador estadoal julgou-se investido do poder necessario para fazer as leis processuaes da sua justiça, *ex-vi* do disposto no art. 34, n. 23 da Constituição, porque este, alludindo tão sómente á competencia do Congresso Nacional para legislar sobre o processo da justiça federal, deixara *implicitamente inferir* que, no pensamento do poder constituinte, todo o demais processo devera caber ás legislaturas estadoaes.

Não existe rasão para dar-se tamanha latitude á esta inferencia. Do facto de a Constituição só haver consagrado, como a attribuição *privativa, expressa*, do Congresso Nacional, o direito processual da justiça federal, não é licito concluir desde logo, que o mesmo Congresso deva circumscrever, aos actos dessa justiça, toda e qualquer disposição de natureza processual. Acceitar semelhante conclusão restrictiva seria commetter o grave erro de suppôr, que o Congresso Nacional só pode legislar sobre as materias, *nomeadamente enumeradas* no art. 34 da Constituição; quando é incontestavel que, em virtude de outros poderes, expressos ou subentendidos na mesma, lhe cumpre igualmente deliberar e votar quaesquer leis e medidas diversas, desde que forem necessarias ao bom funccionamento do regimen federativo, á efficacia e segurança dos direitos individuaes, e á execução completa da Constituição (art. 34 ns. 33 e 34, — art. 35, n. 1°, — art. 72, etc.).

Indiscutivel, como è, a faculdade do legislativo estadoal para formar o direito processual da justiça local, importa, comtudo, não perder tambem de vista que essa faculdade, como todas as demais attribuidas aos Estados federados, subsistem e devem ser entendidas e usadas sempre sob a reserva permanente — « *respeitados os principios constitucionaes* da União ».

Por outros termos, desde que se trata de faculdades conferidas a entidades politicas não soberanas, como são os Estados-membros da Federação, ellas só podem ser exercidas de modo, que não prejudique ou contrarie as attribuições superiores do poder nacional soberano, ao qual taes entidades são *institucionalmente* subordinadas.

Não será facil a tarefa de bem discriminar o que é puramente *institucional* no direito civil, commercial e criminal, e o que é simplesmente *fórma* e *meio* de processo — « sem cercear o que foi attribuido aos Estados e sem prejudicar a acção tutelar e unificadora do direito». [13] Uma cousa, porém, nos parece de rigor logico : desde que foi conferido ao Congresso Nacional o poder exclusivo de formar o direito privado brazileiro, obrigatorio para toda a União, á elle deve competir, por igual, dictar juntamente os actos ou acções complementares, para que o direito estabelecido não seja nullificado nos seus intuitos ou desvirtuado na sua efficacia pela legislação estadoal, sob a razão ou pretexto de tratar-se de actos processuaes da competencia dos Estados.

> « Não é licito retirar aos Estados a competencia para legislarem sobre o direito processual ; mas, si á união compete privativamente formar o direito civil e commercial da Republica, accentúa Bevilaqua, é claro que ao legislador federal cabe dar aos diversos institutos o arranjo, a organisação, que lhe parecer convinhavel, e que, portanto, não deve tolher-se a sua acção, sacrificando a logica do direito, a integridade dos institutos e a harmonia das suas partes componentes, quando a

[13] BEVILAQUA — loc. cit.

separação entre o fundo e a fórma poderia accarretar um desastroso resultado Esse argumento de ordem pratica e doutrinaria, ao mesmo tempo, se reforça com a consideração de que as leis federaes teem natural preeminencia sobre as estadoaes, em consequencia do systema de governo que adoptamos, e porque os legisladores federaes são os representantes dos Estados. »

De inteiro accordo com a verdade destas proposições, não duvidamos affirmar que, na formação dos diversos institutos do direito privado da Republica, o Legislativo Nacional procede, dentro da Constituição federal e em observancia della, instituindo conjunctamente : as acções especiaes que devam garantir a certos direitos ou instituições tambem especiaes ; — as provas, seu valor juridico e condições da sua admissibilidade ; — os actos decisorios da lide *(decisorium litis)* e outros, reputados *essenciaes* nos respectivos processos ; finalmente, o teor ou a fórma legal de certos actos juridicos e instrumentos extrajudiciaes, regidos exclusivamente pela lei federal.

Esta connexão indispensavel entre o direito substantivo e os meios processuaes tem sido reconhecida e sustentada por jurisconsultos da maior competencia. [14]

« O direito de acção, diz C. de Carvalho, com a lição dos bons autores, — é força interna, é o proprio direito... elle deve ser collocado no mesmo plano da origem e da dissolução... O conjuncto das instituições para prevenir ou combater a violação do direito, reagindo sobre o conteudo e a essencia do proprio direito, como observa Savigny, não póde deixar de incidir sob a esphera de influencia do legislativo federal e constitue parte integrante do direito civil. » [15]

---

[14] Mais competentes, sobretudo, pela especialidade dos seus trabalhos publicados, como : SEABRA — Proj. do Cod. Civil Portuguez ; COELHO RODRIGUES — Introd. ao Cod. Civil Brazileiro ; C. DE CARVALHO — Introd. ao Direito Civil Brasileiro Recopilado ; — BEVILAQUA — loc. cit.

[15] C. DE CARVALHO — loc. cit.

« A acção, entende Bevilaqua, é o modo da effectividade do direito, é o elemento essencial do seu conceito. O codigo civil, estabelecendo direitos, reconhece, ao mesmo tempo, as acções que os protegem e asseguram, e fal-os extinguir por meio da prescripção. A força creadora e extinctiva da acção enquadra-se no codigo civil, porque se acha tão intimamente ligada ao direito que, por uma necessidade logica, pela eurythmia do systema, a mesma lei que reconhece a faculdade moral de obrar deve apoial-a com a garantia de que o poder publico ha de intervir si alguem se oppuzer ao seu livre exercicio. [16]

« Para convencer-se que o *tratado das acções* pertence ao direito privado, propriamente dito, e não ao processo, dizia o professor Blondeau em principios deste seculo,— basta observar que este não é sinão a collecção das formas a seguir-se no exercicio dos nossos direitos, ao passo que as acções são direitos em si mesmas. » [17]

— Quanto ás provas, cabe igualmente ao direito substantivo determinal-as, indicar-lhes o valor juridico e as condições da sua admissibilidade, porque, de outro modo, o direito não teria uma forma determinada no respectivo codigo, ficaria dependendo da que lhe viesse dar o processo; e a fórma é tambem elemento conceitual do direito. Consequentemente, pondera Bevilaqua, si no direito civil predomina a phase da determinação, ha tambem nelle o aspecto *probatorio*, que é essa indicação dos meios de provar a existencia do direito, e o momento de sancção, que é representado principalmente pela acção. [18]

Isso, que acaba de ser dito com relação ao direito civil, tem igual applicação ao direito commercial, mera *especialidade* daquelle, e com razão maior, ao direito criminal, cujas formas extrinsecas

---

[16] Bevilaqua — loc. cit.

[17] Coelho Rodrigues — loc. cit.

[18] Bevilaqua — loc. cit.

interessam ás garantias da propria vida e liberdade individual.

— Em relação aos actos *decisorios* da lide, nenhuma objecção séria póde haver contra a competencia do legislativo nacional para determinar-lhes a existencia e indispensabilidade na ordem dos processos; porquanto elles, pela sua natureza, affectando á propria relação de direito, comprehendem conseguintemente tudo que póde influir, de modo directo, para a decisão da causa em Juizo. [19]

— Na competencia, reconhecida aos Estados, de legislarem sobre o processo, de certo, não se inclue a faculdade de *regular*, como seria o caso, — a execução de serviços geraes, pela sua natureza e fins, e exclusivamente sujeitos ás leis federaes, isto é, certos actos juridicos extrajudiciaes, taes como, — as formas praticas do registro civil e hypothecario, a celebração do casamento, o teor das escripturas publicas e outros actos semelhantes da vida civil.

São institutos do direito privado, com a mesma validade em qualquer parte da Republica, e, como taes, devem ser exclusivamente regulados e processados de maneira uniforme pelo poder federal.

E' de simples intuição que, quando o legislador nacional firma o valor juridico, a fé publica, de certos actos ou dos instrumentos que os representam, elle tem na sua mente, como anteriormente se disse, uma forma certa e determinada dos mesmos, e não uma forma qualquer, *simplesmente possivel*, que um outro poder lhes venha dar, e alteravel á vontade deste ultimo.

Infelizmente já não é sem exemplo a intrusão do poder estadoal nesta parte do direito nacional.

— Apreciando a connexão intima de certos direitos com as formas especiaes da sua applicação, encontra-se geralmente admittido, que o direito de fallencia está neste caso. [20] E por que não, tambem o direito sobre a hypotheca, o penhor, a posse, o

---

[19] Pedro Lessa — Da competencia do Estado para legislar sobre o processo das justiças locaes.

[20] Carvalho de Mendonça — Das fallencias e dos meios preventivos da sua declaração.

arresto, a letra de cambio, e varios actos da materia criminal ?

Supponha-se, por exemplo, o direito hypothecario, dependente de meios processuaes differentes, adoptados pelos vinte Estados da Republica, — e pode-se tambem desde logo affirmar, que nullificada estará toda a razão de ser e o fim especial desse direito. Porquanto o processo (ora executivo), que o legislador annexou á instituição da hypotheca, não é um simples modo de *operar*, mas um modo *necessario de ser* do credito real. [21]

Em condição dentica se acham, sem duvida, os outros institutos de direito, a que se alludiu, os quaes, por motivo de ordem publica ou por outras razões preponderantes, o legislador entendeu revestir de garantias especiaes, connexas, complementares do direito. — Imagine-se, no direito criminal, a formação da culpa dos crimes communs, feita por processos diversos em cada Estado, em uns, exigindo-se o preenchimento de actos e provas, que em outro são eliminados ou differentes em qualidade e quantidade !..

Pergunta-se: por este modo é garantida a igualdade da lei penal, condição indispensavel da justiça? Como suppôr a existencia das garantias constitucionaes da *fiança* e do *habeas-corpus*, sem ter-se em vista uma forma de prompta execução, identica, como inseparavel do direito!

E' no todo manifesto que, tratando-se de taes direitos, só o poder, que os consagra e promulga, terá a precisa intelligencia para ditar as fórmas que conservam a sua essencia e provêem a sua efficacia.

Illogico seria pretender que a um poder extranho coubesse, de preferencia, a faculdade de dar, ou não, a fórma pratica conveniente aos direitos consagrados.

Acceitando-se a distincção, que fazem os autores, entre a acção-*direito* e acção-*meio*, [22] ter-se-ha, sem

---

[21] João Mendes Junior — loc. cit. Paranhos Montenegro — Disc. cit. C. de Carvalho — loc. cit.

[22] Pereira e Souza — Diccionario Juridico; Bouvier's Law Dictionary; — Nazareth — Elm. do Processo Civil; Teixeira de Freitas — Nova Apostilla, etc. « ACTIO generalister sumitur: vel pro ipso jure quod quis habet persequendi in judicio quod suum est seu sibi debetur, — vel pro hâc ipsa persecutione seu juris exercitio » *Dig*. 50.

duvida, um ponto de partida para determinar até onde póde ir á intervenção do Legislativo Nacional em relação as garantias fórmaes do direito substantivo; comtanto que, pela palavra — acção-*direito* não se queira simplesmente entender a fórmula abstracta — « direito de acção ». Assim não satisfaz. Nas condições actuaes do nosso direito privado, muito embora uniforme na sua origem, mas susceptivel de ser alterado na sua applicação por achar-se elle confiado á justiça e processos differentes, — é indispensavel que a acção-*direito*, considerada como parte integrante do direito substantivo, seja igualmente determinada em seus caracteres essenciaes, no seu poder e effeitos, pelo Legislativo Nacional, afim de que ella possa preencher os fins da sua instituição.

Tal foi o ponto de vista, em que se collocou a Commissão Especial do Senado, encarregada do estudo do Projecto do Codigo Civil apresentado pelo Senador Coelho Rodrigues, — dizendo ella em seu parecer o seguinte:

> « Aos Estados compete legislar sobre o direito processual. Até onde vai essa faculdade?
>
> « Além da organisação judiciaria, da fórma das acções e das regras do processo, comprehende ella a theoria das acções? Si assim é, a faculdade legislativa da União invalida-se, esterilisa-se completamente. Que é o direito sem a força intrinseca, a virtualidade, que o anima e põe, quando contestado, em movimento?
>
> « Uma entidade inerte, uma abstracção. O poder que regula essa força tem subordinada a si a propria essencia do direito.
>
> « Que é a acção de reivindicação, sinão o exercicio do direito de propriedade?
>
> « A acção como *jus persequendi*, diz Teixeira de Freitas, é a qualidade complementar do direito, sem a qual o direito não existiria ou seria illusorio.
>
> « As acções, escreve Laurent, são os direitos exercidos em justiça, ellas teem os mesmos caracteres que os direitos dos quaes emanam, ou, para melhor dizer, com os quaes se confundem.

« Sendo assim, é irrecusavel a competencia do Congresso Nacional para legislar sobre o direito das acções, complementar do direito civil.

« Em um regimen juridico de unidade de legislação, como é o de Portugal, nenhuma anomalia ha em a parte theorica das acções constituir a parte geral do codigo precessual, mas em o nosso regimen de dualidade do direito o mal seria inevitavel, e o direito privado nacional se desnaturaria sob acção absorvente, multipla, da jurisprudencia e do direito processual dos Estados.

« Por estes motivos de ordem constitucional, a Commissão pensa que se deve addicionar à parte especial de Codigo Civil um quinto livro sobre a theoria das acções: será o epilogo do Codigo, segundo a qualificação do illustre commentador do Codigo Civil Portuguez, em relação a este.» [23]

Além disso, importa ainda não esquecer nesta ordem de idéas, que os proprios termos do processo, considerados sob um aspecto, são regidos pela lei *adjectiva*, mas considerado sob outro, já o são pela lei substantiva. Tomemos para exemplo a citação *inicial*, a *perempção* [24] da instancia e a *litis-contestação*. O valor e effeitos juridicos de taes actos devem emanar das prescripções do proprio direito substantivo; emquanto que o modo pratico, a fórma dos actos, o tempo e espaço, em que elles devem ser effectuados, são prescripções innegaveis do direito adjectivo.

Do mesmo modo que os actos alludidos, é de considerar o proprio acto final da adjudicação.« E' uma disposição de lei *substantiva*, diz um dos mais distinctos defensores da competencia dos Estados, — que declara os effeitos juridicos do acto; entretanto, é a lei adjectiva, que prescreve a fórma, por que a adjudicação se effectua.» [25] Em resumo, poder-se-hia dizer: — é a lei substantiva, que define os direitos e effeitos

---

[23] Parecer n. 100 de 1896.

[24] C. de Carvalho — loc. cit. Pedro Lessa — loc. cit.

[25] Pedro Lessa — loc. cit.

inherentes aos actos, á que o direito adjectivo dá a fórma e movimento, segundo os quaes se promove e se obtem em juizo a effectividade do direito, violado ou controverso.

Mas, como attribuir, em principio, a poderes diversos a competencia para legislarem sobre cousas, tão intimas pela sua natureza, e, as vezes, inseparaveis ?!

Assim, pois, sem contestar aos Estados a sua faculdade de fazer a legislação processual da sua justiça, advertiremos, todavia, que semelhante faculdade deve ser exercida de maneira limitada, como, aliás são e já se disse, todas as attribuições dos Estados. [26] Dizendo mais claro: a competencia do poder estadoal, em materia de processo, não póde ir além dos actos *ordinatorios da lide*, isto é, as formalidades, propriamente ditas, do processo, prescriptas para o fim de assegurar o andamento justo e correcto do mesmo, e que não exercem influencia directa sobre o conteudo da sentença.[27]

Entendida e limitada desta sorte, a competencia dos Estados é irrecusavel, senão na lettra expressa, certamente, no espirito da Constituição Federal; restando, apenas, adduzir que, mesmo no uso desse seu direito incontestavel, «si os Estados promulgarem leis de processo ou de organisação judiciaria, em virtude das quaes, pela inobservancia dos elementos indispensaveis do processo, sejam supprimidas as garantias de direito material (*substantivo*), á União cabe corrigir e abrogar essas leis.» [28] Sim, mesmo com relação aos actos *ordinatorios* do processo, não podem os Estados deixar de attender e guardar o que, por direito, se consideram as suas formalidades *essenciaes*, isto é, as condições *decisivas* do direito e justiça.

IV

Talvez no intuito, pouco reflectido, de alargar a esphera da autoridade estadoal sem attender-se ao cri-

---

[26] *Ibidem*.

[27] PEDRO LESSA — loc. cit.

[28] JOÃO MENDES JUNIOR — loc. cit.

terio da nossa situação juridica, não se procurou bem averiguar si, adoptada a diversidade das leis processuaes, servia-se melhor á segurança dos direitos individuaes e á distribuição da justiça... E desta sorte rompeu-se imprudentemente com o nosso passado e a tradicção juridica do paiz, factores aliás valiosissimos, senão indispensaveis, na obra evolutiva do direito. Entretanto, a verdade, que todos sabemos, é —, que nenhuma razão poderosa havia, que aconselhasse ou exigisse esta innovação no direito processual da Republica. O erro da dualidade judiciaria não implicava, como tem parecido a alguns, a formação consequente de um direito processual multiplo, differente, para cada Estado da Federação, desde que juizes e processos, federaes ou estadoaes, deviam continuar a obedecer e observar a unidade do direito.

— Tratando-se da ordem economica, comprehende-se a necessidade, que possa haver, de diversificarem as normas e processos reguladores da actividade individual, segundo as zonas differentes de um vasto paiz, como è a União Brazileira ; mas, tratando-se da applicação de preceitos da lei civil, commercial e criminal, *una* para todo o paiz e para um só povo, não se descobre onde esteja a utilidade real dos seus processos diversos. Pois, não parece mais logico, mais facil e proveitoso, que o individuo possa fazer valer os seus direitos, de natureza civil, commercial e criminal, por um só e unico processo, dentro do territorio nacional, do que ter de lidar com um sem numero de processos differentes ? Que elle, uma vez instruido da fórma legal de um instrumento, passado em um dos Estados da Republica, fique, desde logo, habilitado a julgar da validade de todos os demais de identica especie em qualquer outro Estado, onde porventura se ache ?

E não é, sómente, uma questão de conveniencia, que o habitante de um Estado, quando tenha de recorrer á justiça, disponha das mesmas condições, que os habitantes dos outros Estados; para assegurar na pratica a *igualdade* da lei, consagrada na Constituição, é dever rigoroso do poder publico, que faz a lei, providenciar juntamente, para que todos os habitantes da Republica tenham, em qualquer parte della, as mesmas garantias e facilidades no requerimento de seus direitos. Além de que, validos,

como são para toda Federação, os actos processados nos Estados, a unidade da fórma seria não só uma facilidade para o seu prompto reconhecimento em toda a parte, mas tambem, uma garantia a mais, para não serem recebidos, em pontos distantes da sua origem, como verdadeiros, certos instrumentos de fé publica, talvez carecedores dos requisitos legaes, e assim expedidos, por ignorancia ou má fé do respectivo funccionario.

Supposta uma diversidade completa de legislação processual nos vinte Estados da União, revogavel á vontade dos mesmos, impossivel será dizer, sempre e em qualquer parte da Republica, si tal ou tal documento judicial tem, ou não, as formalidades legaes exigidas.

A supposição será, talvez, contristadora para os que se interessam pela sorte do direito nacional! Mas ninguem poderá negar a possibilidade de chegarmos á semelhante situação; si è, que para ella já não caminhamos com a maior imprevidencia de seus males inevitaveis! . . . .

. . . .

Agora, em vista de quanto ficou dito e considerado sobre o assumpto, nada mais cumpre-nos, do que apresentar as seguintes conclusões, que julgamos acceitaveis:

1.ª Admittido o principio da unidade do direito privado, não é justificavel o systema da diversidade do processo. Elle não tem assento em boa theoria e é, verificadamente, prejudicial na pratica do direito.

2.ª A competencia implicita que, do art. 34, n. 23 da Constituição, decorre para os Estados de legislarem sobre o direito processual da sua justiça, é de caracter limitado. Ella não deve passar dos actos *ordinatorios* do processo que podem ainda ser corrigidos pelo legislador nacional, quando não offereçam as garantias precisas da fiel applicação e execução dos direitos.

3.ª Ao Congresso Nacional compete, em virtude dos principios institucionaes do regimen federativo e diversas disposições expressas na Constituição, dictar leis, como partes integrantes do direito civil, commercial e criminal da Republica:

a) determinando as acções especiaes de certos institutos juridicos especiaes;

b) especificando as normas extrajudiciaes dos diversos actos juridicos, regidos pela lei federal exclusiva;

c) estabelecendo as provas e suas condições, e bem assim regras geraes, que o poder estadoal deve respeitar, como limites de sua legislação processual. Essas regras podem abranger, não só os actos *decisorios* da lide, mas ainda, os que, segundo as leis da Republica, são considerados actos *essenciaes* do processo.

Sala do Congresso Juridico Americano, 2 de maio de 1900.

AMARO CAVALCANTI.

DIREITO PUBLICO

These III

DISSERTAÇÃO APRESENTADA

PELO

Dr. Lucio de Mendonça

MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

DIREITO PUBLICO

THESE III

I

« A forma federativa exige a dualidade parallela da justiça federal e das justiças dos Estados, ainda que tenha sido mantido o principio da unidade do direito privado ?

« Dado o systema de justiça dual estabelecido pela Constituição Brasileira, as justiças locaes são absolutas nas decisões sobre materia de sua competencia, ou estão subjeitas, e dentro de que limites, á revisão do Supremo Tribunal Federal ? »

A' primeira parte da questão a resposta impõe-se axiomatica: a fórma federativa exige a dualidade parallela da justiça federal e das justiças dos Estados. O contrario seria admittir Estados autonomos sem justiça propria, o que fôra tão absurdo como conceber federação sem Estados autonomos.

Dada a organisação federativa, mutilados ficariam os Estados particulares se se não apparelhassem com os orgãos e funcções essenciaes á vida autonomica; e, sendo a funcção judiciaria, senão a preponderante, a mais melindrosa do organismo social, seria verdadeiro monstro sociologico um Estado federado sem justiça propria, por elle nomeada, mantida e regulada.

A condicional adjecta á questão — « ainda que tenha sido mantido o principio da unidade do direito privado » não póde alterar a solução indicada.

Em rigorosa pureza de principios, entendemos que legislação separada é consectario logico do regimen federativo: assim o comprehendia o eminente organisador Sr. Campos Salles, quando na Constituinte Republicana se batia pelos principios radicaes do regimen que se fundava; e desta concepção ha ainda

vestigio, por inadvertencia, na disposição constitucional, que commette á federal justiça as causas entre cidadãos de differentes Estados, *quando diversificarem as respectivas legislações*.

Havendo, porém, prevalecido em nossa Constituição politica o principio opposto — a unidade do direito privado, não é justo nem juridico que tal excepção ora se invoque para a consequencia de anniquilar ou sequer enfraquecer as justiças locaes: *quod contra tenorem rationis introductum est, non est producendum ad consequentias*.

II

A segunda parte da questão resolve-se na debatida theoria — da natureza e alcance do *recurso extraordinario*.

Neste assumpto temos opinião conhecida, ha muito tempo exposta em nossa modesta monographia acerca daquelle recurso, a qual tem tido a gloriosa fortuna de constante e repetida consagração em decisões innumeras do Supremo Tribunal Federal.

Não nos furtaremos, comtudo, ao trabalho de aqui reproduzir as idéas geraes que já desenvolvidas expendemos sobre o objecto, de importancia capital na economia de nossas instituições.

Em mais de uma discussão memoravel no Supremo Tribunal, de que somos parte minima—e dizemos memoravel sómente pelo valor dos adversarios com quem nos enfrentamos—temos propugnado a autonomia e independencia das justiças locaes, qual a estabelece e funda em base granitica a Constituição da Republica, no art. 62, que dispõe que a justiça federal não intervenha nas questões subjeitas ás justiças locaes senão nos casos expressamente alli determinados, e na regra geral do art. 61, que preceitua que as decisões das justiças dos Estados em materia de sua competencia põem termo ás questões.

Em face de tão categoricas determinações da Lei Fundamental, o que maravilha é ainda pretender-se converter o recurso extraordinario, creado e definido pelos arts. 59 e 61 da Constituição, em instrumento de lucta entre a justiça federal e a dos Estados.

O que a sabedoria de nossos constituintes quiz claramente exprimir foi a autonomia das justiças locaes, apenas limitadas pela supremacia da Constituição Federal e das leis da União, quando em conflicto manifesto e julgado com leis ou actos dos governos dos Estados.

Manifesto e julgado dizemos, porque é essencial, para admissão do recurso extraordinario para o Supremo Tribunal, que a antinomia entre o acto da legislatura estadual, ou do governo do Estado particular, haja sido objecto de pleito movido ante as justiças do proprio Estado interessado e por ellas decidido em ultima instancia no sentido favoravel á validade do acto impugnado como contrario á Constituição ou á lei federal.

Se a decisão é em prol destas ultimas, *it is final*, como diz, em tal caso, o commentario de Cooley á lei americana semelhante; nem se conceberia, na hypothese, o recurso extraordinario, sem objecto, pois já a judicatura estadual teria vindicado a preeminencia da Constituição ou da lei federal offendida.

Não basta, para intervir o que o questionario chama a revisão pelo Supremo Tribunal Federal, que em qualquer decisão de justiça local haja sido violado, por incorrecta applicação ou por se não ter absolutamente applicado, um preceito de lei federal.

Ficará então prevalecendo a decisão erronea a iniqua ?

Ficará, sim, respondemos sem hesitar; é o mal necessario inherente á autonomia das justiças locaes, mal muito menor, ainda assim, que o anniquilamento dessa autonomia.

A resistencia que esta conclusão tem encontrado em trabalhos notaveis em nosso fôro—pareceres e razões de advogados, e tambem uma erudita dissertação do illustrado lente da Faculdade de Direito de S. Paulo Dr. João Mendes de Almeida Junior, procede primeiramente do ponto de partida de suas observações, donde perdem de vista a natureza intima do regimen, que não póde subsistir sem justiça estadual independente, e em segundo logar da inexacta comprehensão do *recurso extraordinario*, que não tem, nem póde ter, o alcance e a extensão do abolido recurso de revista.

Este, sim, cabia de toda decisão definitiva em que se désse injustiça notoria ou nullidade manifesta, e tal

occorria sempre que se verificava violação do direito expresso; mas o recurso de revista era incompativel com o nosso regimen de justiça dual e parallela, pois importaria na subjeição das justiças dos Estados á correcção do Supremo Tribunal Federal, ainda quando pronunciassem o direito em materia de sua competencia, nos estreitos limites de sua jurisdicção; quer dizer, o Supremo Tribunal Federal interferiria para decidir se um tribunal do Amazonas, por exemplo, julgou bem ou mal, quando attribuiu a Paulo um predio reivindicado por Pedro: que ficaria valendo, depois disto, a independencia da judicatura estadual? E que ficaria valendo o regimen federativo em que tal intervenção fosse possivel?

Por isso, bem e acertadamente assentou a Constituição Federal que a suprema justiça da União não intervenha nas questões submettidas nas justiças dos Estados senão nos casos expressamente determinados por ella, que são as do recurso extraordinario, limitado a manter a auctoridade da Constituição e das leis federaes, quando lhe haja falhado a reivindicação intentada perante as proprias justiças do Estado particular, cuja autonomia fica assim resguardada e mantida, como essencialmente se requer na harmonia integral do systema.

Theresopolis, 3 de maio de 1900.

LUCIO DE MENDONÇA.

DIREITO PUBLICO

These III

DISSERTAÇÃO APRESENTADA

PELO

Conselheiro Olegario Herculano de Aquino e Castro

(RELATOR)

Presidente do Supremo Tribunal Federal

DIRETO PUBLICO

THESE III

I

A fórma federativa exige a dualidade parallela da justiça federal e das justiças dos Estados, ainda que tenha sido mantido o principio da unidade do direito privado?

Dado o systema de justiça dual estabelecido pela Constituição Brasileira, as justiças locaes são absolutas nas decisões sobre materia de sua competencia ou estão subjeitas, e dentro de que limites, á revisão do Supremo Tribunal Federal?

Antes de responder á pergunta, cumpre fazer algumas considerações preliminares, como ponto de partida para a solução da questão.

Grande é o dissidio da doutrina ácerca da posição juridica dos Estados e da localisação da soberania no regimen federativo, e da divergencia se resentem as proprias leis fundamentaes dos povos vinculados pelo laço da federação.

Entendem uns que os Estados federaes são republicas soberanas, que delegam a um corpo ou ser mystico, surgido do proprio seio, a coparticipação no exercicio da vontade suprema, *suprema potestas*, quanto indispensavel para manter a unidade interna e a representação exterior.

Outros sustentam que os Estados são aggremiações secundarias, regidas por um elemento, embora intrinseco, a ellas superior, e ao qual estão sujeitas, sem poderem por isso participar da substancia da vontade soberana.

Ha ainda outros que entendem que a nação é no dito regimen um organismo complexo, composto de um ser abstracto *(corpus mysticum)* denominado

União e de seres reaes, que são os Estados federados; e que sendo a soberania uma e indivisivel, só póde ter por titular o conjuncto, isto é, a União com os Estados constituindo a nação.

Qual destas doutrinas é a verdadeira?

Parece-nos que a ultima.

Não podem os Estados, considerados por si sós, representar o poder supremo, porque, si assim fosse, não haveria federação, que presuppõe a condição essencial da unidade nacional; differentemente do que occorre na confederação, em que cada Estado conserva sua soberania, delegado apenas o exercicio parcial da mesma para fim ou fins especiaes e em regra transitorios, mera alliança ou liga sem fusão, dos elementos que constituem a nação.

Tambem não póde ser soberana a União, como tal, porque, si della se destacarem os Estados que a formam, desapparece o ser abstracto, o *corpus mysticum*, e em consequencia a federação.

Assim prevalece a ultima doutrina, que mais se approxima da verdade juridica e da realidade dos factos.

E' como pensa Hurd na sua recommendavel obra *Theory of our national existence:*

«Os Estados em União são os possuidores da soberania *as a unit.*»

No mesmo sentido pronuncia-se Jameson em outro livro não menos importante — *O poder constituinte*, affirmando tal principio nos seguintes termos:

«A soberania reside no corpo politico, na corporação *unida*, resultante da organisação do grande numero em um só; não nos individuos que compoem esse todo, ou em algum de seus membros, nem em todos elles, salvo quando fundidos em corpo politico e agindo neste caracter.»

Si destes principios abstractos descer-se ao concreto dos factos, aos textos das Constituições federaes contemporaneas, achar-se-ha a confirmação da exposta doutrina.

A nossa, logo no art. 1º, declara expressamente que a nação brazileira se constitue por união perpetua e indissoluvel das suas antigas provincias em *Estados Unidos* do Brazil, tornando mais accentuado este pensamento no art. 65, n. 2, quando transfere aos Estados os poderes não reservados privativamente á União.

Certo, a soberania é indivisivel, mas esta indivisibilidade só existe quanto á sua substancia, não quanto ao modo do seu exercicio; e esta distincção é, segundo Le Fur *(Etat Federal)*, essencial para a exacta comprehensão do funccionamento das instituições federaes.

Varia em cada povo o modo de assentar as bases da competencia dos poderes, ou do exercicio da soberania, entre o Estado Federal e seus membros; por depender ordinariamente das condições especiaes de cada um, com relação á sua origem, organisação, differenças de raças que podem coexistir, gráo de cultura a que attingiram e motivos que os impelliram a essa como que fusão politica.

Entretanto, no meio dessas variadas combinações, ha principios ou elementos essenciaes e communs, pelos quaes bem se póde de modo geral traçar uma linha divisoria de competencia.

Funcções que interessam ao Estado inteiro, á existencia do conjuncto, são, como diz Brunialti, *Unione e combinazione fra gli stati*, necessariamente da competencia federal, como o direito de declarar a guerra ou fazer a paz, celebrar tratados, etc., tão connexos com a representação da soberania no exterior, que não poderiam ser deixados ao poder dos Estados, membros da União, visto que perante o mundo internacional o Estado federal não se distingue do Unitario, senão na concurrencia de maiores garantias nas relações internacionaes.

E' por isso que na maioria das Constituições federaes acham-se claramente classificados em espheras diversas os poderes ou funcções do governo, segundo a materia e o territorio, confiando-se ao governo central as normas, as medidas e a tutela que interessam a generalidade do povo; e aos locaes, aliás coordenados com o primeiro, mas não dependentes delle, as medidas que apenas interessam a uma parte do territorio especialmente.

Neste regimen, existe, pois, uma só soberania, a da nação, e tantos governos quantos os membros de que ella se compõe, como a Constituição mexicana salienta nitidamente no seu art. 41:

« O povo exerce sua soberania por meio dos poderes da União nos casos de sua competencia, e pelo dos poderes dos Estados no que pertence ao seu regimen interno, nos termos estabelecidos respecti-

vamente por esta Constituição federal e pelas dos Estados, que em caso algum poderão contrariar as disposições do pacto federal. »

Assim, funcções essencialmente federaes, da substancia do regimen, devem ser exercidas unica e exclusivamente pela União; as que não teem tal caracter, mas de interesse puramente local, só os Estados devem exercel-as; mas a historia politica offerece ainda exemplos de algumas, que ficam como em um terreno vago, e que por isso podem sem prejuizo do systema ser conferidas a um ou ao outro governo (Brunialti, cit. n. 49).

Com certa precisão, e não obstante suas idéas sobre a séde da soberania, assim se exprime Jellinek:

« O Estado federal póde ser organisado sob fórmas diversas, até mesmo com a monarchia; póde entregar a summa dos poderes ás mãos de muitos individuos, como no Imperio allemão, ou proclamar o povo inteiro por sujeito da soberania, como nos Estados Unidos e na Suissa.

O centro da vida politica póde ainda ser posto nos Estados, assim como na União, e no primeiro caso a funcção dos Estados será a regra, a do governo central a excepção, e vice-versa.

Póde tambem o Estado federal dispensar o concurso dos seus membros no desempenho de sua missão propria, administrando a cousa publica unicamente pelos seus agentes, como nos Estados Unidos, ou servir-se delles reunindo-os ao seu organismo como corpos administrativos autonomos, segundo procedem o Imperio allemão e a Suissa.

E tudo porque cada formação politica concreta é o producto de condições historicas, sociaes e politicas especiaes, de fórma que todo o Estado (succede o mesmo com o federal) possue, ao lado de caracteres geraes, um caracter puramente individual que influe preponderantemente em sua estructura, no seu desenvolvimento e na partilha de sua competencia. »

Para evitar conflictos, principalmente na zona média, de que falla o escriptor italiano, as Constituições federaes determinam as funcções da União e delimitam a área do seu governo, declarando virtualmente que as não expressas, cuja mésse é mais abundante, posto que de menor valia, pertencem aos Estados.

Assim, pela Americana os poderes não attribuidos aos Estados Unidos (União) e cujo exercicio não é vedado aos Estados, a estes são reservados; pela Helvetica, os cantões são soberanos, tanto quanto suas soberanias não forem limitadas pela Constituição federal, e exercem todos os poderes não attribuidos ao governo geral; pela Argentina, as provincias conservam todo o poder não delegado ao governo federal e pela Mexicana, as faculdades não concedidas expressamente ás autoridades federaes se consideram virtualmente conferidas aos Estados.

Estas disposições foram transportadas para a nossa lei constitucional.

Que póde significar esta identidade de preceitos em tão variado numero de codigos fundamentaes, senão que os Estados compartilham com a União o exercicio da soberania e não podem ser tidos em conta de corpos politicos constituidos, como provincias de um Estado unitario, embora largamente descentralisado?

Estabelecidos estes principios, decorre como natural consequencia que nos Estados federados imperam simultaneamente duas categorias de leis que coexistem e harmonisam-se, as federaes e as locaes, e que seus habitantes estão ao mesmo tempo sujeitos a dous governos, exercendo ambos o seu *imperium* no mesmo territorio — o governo central e o governo local ou estadual.

As duas categorias de leis devem ser harmonicas para se não chocarem, tornando impossivel a vida social; mas, dado que algum conflicto surja entre ellas, são esses attrictos resolvidos de accordo com o principio regulador que as Constituições teem estabelecido — a vontade da nação manifestada pelo orgão do poder competente.

Todos os poderes outorgados á União e aos Estados são delegações da nação.

Pela lei fundamental são divididas em duas classes já mencionadas as funcções do governo central e as dos governos locaes; separadas por materia e por territorio; portanto, desde que manifesta-se de qualquer modo o conflicto entre as funcções dos dous governos, se a materia pertence ás funcções do governo geral, resolve-se em favor deste, com proeminencia da lei federal; e em favor do governo local, se o objecto do

conflicto pertence exclusivamente á esphera de actividade dos Estados.

Assim tambem os dous governos, um velando pelos interesses da communidade, outro pelos do Estado, ambos exercendo o poder coactivo no mesmo territorio e sobre os mesmos habitantes, não podem ser constituidos em antagonismo, porque se o fossem ainda agindo cada um nos limites de sua competencia, viveriam em constante lucta em prejuizo do bem publico.

No interessé commum e a bem da ordem interna as Constituições prescrevem que os Estados se organisem pelo padrão da União, isto é, que guardem na sua structura individual a mesma fórma typica do regimen adoptado pela communhão politica.

E' assim que a Americana garante a cada Estado da União uma fórma apropriada de governo republicano; que a Argentina outorga ás suas provincias o direito de dictarem para si uma Constituição pelo systema representativo e republicano, de accordo com os principios da Constituição federal, e sob tal condição promette garantir suas instituições; que a Mexicana declara ser vontade do povo constituir-se em republica representativa democratica federal, composta de Estados livres e soberanos no que pertence ao seu regimen interno, mas unidos em federação segundo os principios da lei fundamental; que a Helvetica assegura a soberania dos cantões até onde fôr compativel com a Constituição federal, e sobre essa base lhes garante o territorio, a Constituição respectiva, a liberdade, os direitos do povo, e os poderes que lhes forem attribuidos; finalmente, que a nossa permitte aos Estados regerem-se pela Constituição e leis que adoptarem, uma vez que respeitem os principios fundamentaes da União.

Estas disposições constitucionaes demonstram claramente a procedencia da doutrina de serem no regimen federativo as Constituições estaduaes complemento e parte integrante da federal, a que se incorporam; e vice-versa, que a Constituição federal é, por igual, parte das Constituições locaes, formando o seu todo o que Contuzzi (*Trat. di dir. constit.)* chama — instituições constitucionaes.

« Convem observar, diz o citado Jameson, que a Constituição dos Estados Unidos é parte da de cada

Estado, quer se refira ou não á esta; do mesmo modo que as Constituições de todos os Estados são parte da dos Estados Unidos.»

Mas desde que dous governos coexistem no mesmo territorio, e que ambos devem ter a mesma estructura politica, na parte pelo menos essencial, é obvio que a fórma do governo local deve ser identica á adoptada como typo do regimen.

Ora, desde Montesquieu, ou antes, desde Aristoteles, a divisão tripartida do governo é o largo fundamento em que assenta a liberdade, e do qual, ainda menos que outro qualquer governo, não póde afastar-se o democratico.

O poder, segundo Contuzzi, é uma força que opera por energia propria e que tende a dilatar-se, entregue a si mesma, se não encontrar a barreira resistente de outra dotada de igual energia.

E' por isso que com razão se considera a divisão dos poderes como a mais forte garantia da liberdade civil e politica, sendo um poder contrabalançado por outro e resultando do equilibrio dessas forças oppostas a necessaria harmonia.

Esta theoria é o ponto cardeal de todas as Constituições modernas; e posto que algumas a observem sem mencional-a, outras expressamente a mencionam, como a Mexicana, que declara que o poder supremo da federação se divide para o seu exercicio em legislativo, executivo e judiciario, sem se poderem jamais reunir em uma só pessoa ou corporação; ou como a nossa, que proclama esses poderes orgãos da soberania nacional, independentes, mas harmonicos.

Dada, pois, a dualidade de governo no regimen federativo, sob a triplice divisão observada por Montesquieu, nada ha mais consentaneo com esse systema do que a dualidade do poder judiciario, sendo um pertencente ao governo da União e outro ao dos Estados; e assim como deve o poder central ter a sua justiça organisada para sobre ella assentar a effectiva garantia das liberdades civis e politicas, o estadual, delle differente, como é essencial no regimen (Le Fur, obr. cit.), deve tambem ter o seu poder judiciario separado e harmonico com o legislativo, e executivo, para não ficar inhibido de bem cumprir a sua missão.

A conveniencia, senão a necessidade desta dualidade, foi demonstrada nos Estados Unidos na vigencia da Const. de 1777, sendo a sua falta uma das causas da fraqueza do regimen que ia produzindo a ruina dos Estados.

«O governo não tinha então, diz Pomeroy, autoridade para tornar effectivos seus actos, nem impor obediencia ás suas leis. Nada podia ordenar, porque era livre aos Estados cumprir ou não as resoluções do Congresso; não tinha meios de levantar a mais insignificante contribuição, impor a mais leve taxa, decretar recurso algum para a defesa e bem estar commum.

O governo era assim nullificado, sem executivo independente para dirigir os negocios nacionaes, nem judiciario com autoridade para interpretar as disposições constitucionaes e fazer effectivas as deliberações legislativas do centro e dos Estados.»

Dahi resultou a creação do judiciario federal, para libertar a União da dependencia dos Estados.

E' a mesma razão milita para a existencia do judiciario dos Estados, porque, tendo estes governo separado do centro, não podem ficar desarmados do poder coercitivo da justiça para a obediencia de suas leis e de seus actos, postos á mercê do *placet* de tribunaes que não são seus, e sim de outra jurisdicção.

Portanto, a dualidade das justiças não se funda, como alguns entendem, nas condições historicas em que se desenvolve o regimen, nem na mais ou menos ampla faculdade legislativa dos Estados no dominio do direito privado; funda-se na propria natureza do governo, que se manifesta pelas suas leis, sua administração e sua justiça.

Não se funda nas condições historicas, porque as federações que, depois da Americana, se constituiram, como a Argentina, adoptaram a dualidade da justiça, vindas, entretanto, de um regimen unitario, em que era tambem uno o direito e o orgão que o applicava.

Não se funda tão pouco na amplitude das funcções legislativas, porque nessas mesmas federações existe a unidade do direito privado e cada provincia foi sem embargo dotada com um poder judiciario separado; notando-se que pela Constituição Argen-

tina, competindo ao Congresso Nacional dictar os codigos civil, commercial, penal e de minas, sem que esses codigos alterem as jurisdicções locaes, foi consagrada a dualidade de justiça, impondo-se a applicação delles aos tribunaes federaes ou provinciaes, conforme incidam as pessoas ou cousas nas respectivas competencias.

Entretanto, tão variadas podem ser as combinações na organisação do regimen federativo, segundo as observações de Jellinek, que bem se poderá comprehender a unidade da justiça com a dualidade do governo; mas, neste caso, será preciso considerar os tribunaes orgãos simultaneamente da União e dos Estados, regimen cheio de inconvenientes pelo perigo de attritos inevitaveis.

Na Federação Helvetica a justiça é dos cantões, que applica ao mesmo tempo o codigo local e o codigo federal das obrigações.

A Constituição creou acima delles, mas para casos especiaes, um tribunal federal, o que prova a conveniencia e as vantagens das duas justiças.

Na Germanica a justiça é tambem dos Estados e a Constituição de 1871 nem ao menos cogitou da unidade della, dando, pelo contrario, a attribuição de dirimir alguns conflictos entre os Estados e entre os tribunaes destes ao conselho federal e ao governo em permanente dictadura.

Foi a lei de 11 de julho de 1877 que creou o tribunal do Imperio, supremo em toda a Allemanha, dominando as legislações dos Estados, superintendendo a todos os tribunaes e mantendo, como terceira instancia, a unidade do direito e da jurisprudencia.

Destes mesmos exemplos se colhe, todavia, que não é absoluta a unidade da justiça pela creação do tribunal do Imperio, de natureza essencialmente federal, acima dos tribunaes dos Estados que representam a justiça local, de modo que nesse mesmo concurso de elementos differentes se observa por fim, como na Suissa, o systema da dualidade judiciaria.

Entre nós, esta combinação foi tentada por occasião do Acto Addicional, que consagrou as franquezas provinciaes, sem que o pensamente descentralisador compromettesse a unidade do direito privado,

nem se mostrasse incompativel com o regimen monarchico; pelo contrario, Euzebio de Queiroz, apreciando a tentativa liberal, dizia, cheio de esperança e de enthusiasmo:

« Anima-nos a crença de que a doutrina liberal tende a converter-se em outra mais larga, não simplesmente descentralisadora, a doutrina federal. Pudessemos allumiar a ponte que liga as duas margens oppostas — centralisação monarchica e autonomia federativa. »

Referindo-se tambem a esse momento de nossa historia politica, diz Tavares Bastos, no seu interessante livro *A Provincia*:

« Mal estreava a reforma de 1834, e já em 1835 o proprio governo do Regente insinuava que o pensamento do Acto Addicional era que as assembléas no uso da faculdade de crearem empregos administrativos provinciaes, não lhes conferissem attribuições judiciarias alterando a uniformidade do poder judiciario em todo o Imperio.

Invocava-se aqui a theoria da uniformidade judiciaria, cousa justamente que o Acto Addicional rejeitara, considerando provinciaes todos os juizes, menos os das Relações e tribunaes superiores e sujeitando-os á Assembléa provincial, autorisada a suspendel-os e até demittil-os.

Contra essa doutrina, prenuncio de reacção, bradaram as necessidades locaes.

Que fosse constituida por lei geral a organisação dos tribunaes superiores, como sentinellas da União, como guardas do pacto fundamental, comprehende-se; mas, impedir as provincias de formarem as suas justiças de 1ª instancia, dando umas a certos juizes attribuições que não exercem em outras, variando cada uma a composição de seus tribunaes locaes á medida das circumstancias, era roubar-lhes a iniciativa no assumpto, que não póde ser bem regulado sem attenção ás condições peculiares de cada região de um vasto Estado.

O governo municipal não consiste sómente nos serviços, por assim dizer materiaes, de aqueductos, illuminação, jardins, caminhos, etc. A elle importa o modo de se exercitar a jurisdicção no civel e no crime, e com elle se entrelaça a administração da justiça na

sua esphera inferior. Assim, fôra incompleta a reforma que não sanccionasse tambem a competencia do poder provincial sobre a composição dos tribunaes locaes, ou da 1ª instancia, para servir-nos da expressão admittida. »

Assignaladas, como ficam, as idéas que presidiram ao Acto Addicional, e preestabelecida a differença enorme do seu regimen com o da actual Constituição, fôra de certo um verdadeiro regresso nas conquistas liberaes, se no novo regimen, que levou a descentralisação politica até ao extremo limite, voltassemos ás idéas reaccionarias de 1840, impondo a unidade da justiça, isto é justiça centralisada de um Estado unitario.

Disputou-se, com effeito, no Congresso Constituinte essa questão em nome da unidade nacional e do direito privado; mas, a idéa dessa unidade foi vencida deante do exemplo da Republica Argentina e Venezuelana, onde, apezar da unidade do direito, se estabeleceu a dualidade da justiça.

Vencida a idéa dessa unidade, surgiu então a da dualidade gradual ou successiva da justiça, á imitação da Suissa, e do Imperio Germanico; mas ainda nesse terreno foi victorioso o principio da dualidade absoluta da justiça, correspondente á dualidade do governo, da essencia da federação, attendendo-se, porém, dentro de limites razoaveis, como se passa a mostrar, a utilidade e conveniencia de um supremo tribunal, velando, no interesse da unidade do direito federal, a applicação da lei e sobrepondo-se á justiça local na grande obra da unidade nacional.

Portanto, em solução ao quesito proposto, póde-se concluir que, muito embora a fórma federativa não exija como condição *sine qua* a dualidade parallela da justiça, esta é mais consentanea com o espirito que a informa, visto que havendo um poder legislativo e executivo separado da União, deve tambem haver ao lado delles, coordenado e coextensivo, um poder judiciario.

Não obsta esta solução a unidade do direito privado, pois ahi estão em prova as Constituições das republicas hespanholas, nossas visinhas, quando não bastasse o valioso argumento das duas federações européas, invocado embora como testemunho contrario, mas sem fundamento procedente.

II

Dado o systema de justiça dual estabelecido pela Constituição Brazileira, as justiças locaes são absolutas nas decisões sobre materias de sua competencia, ou estão sujeitas, e dentro de que limites, á revisão do Supremo Tribunal?

A Constituição Brazileira resolveu um dos mais difficeis problemas do systema politico que adoptou, dividindo o poder judiciario em tribunaes federaes para o conhecimento das questões de caracter nacional e tribunaes estadoaes para as lides e processos communs determinando especificadamente os casos de jurisdicção federal, isto é, da justiça que creára para a União, e deixando os não reservados, aliás mais numerosos, aos tribunaes dos Estados.

Esta idéa foi vigorosamente combatida no Congresso Constituinte, com o fundamento de ser a justiça materia essencialmente nacional, fundamento pouco exacto, porque a justiça não é so de interesse nacional, mas de interesse social, competindo protegel-a tanto á nação como á mais pequena circumscripção, que sem justiça não pode subsistir.

A prova tem-se nas mencionadas Constituições, que a confiam simultaneamente aos tribunaes da nação e aos dos Estados, cada um na esphera que lhes foi traçada, observando-se em todo caso que a àrea das jurisdicções locaes é a mais vasta, porque perante ellas é que se debatem as questões que mais frequentemente se suscitam entre os individuos.

Não obstante a tendencia unitaria que se desenha nas instituições germanicas e helveticas, é ainda nos dous paizes a justiça entregue aos tribunaes dos Estados e dos cantões, sem que nunca se allegasse, para excluil-os, o interesse nacional, que symbolisa.

Nem a creação do tribunal federal, estendendo-se aos Estados e cantões, pode contradizer esta asserção, porque muitas lides terminam nas instancias locaes, sem poderem ser levadas à federal pelo seu modico valor ou pela sua propria natureza.

Mas, como na competencia distribuida entre os differentes tribunaes podem entrar materias que interessem de algum modo a collectividade, sem, comtudo,

estarem incluidas nos casos da competencia exclusiva federal, a Constituição acertadamente dispõe que essas questões, sendo conveniente manter a supremacia da lei federal, embora tenham sido decididas em ultima instancia nos tribunaes dos Estados, podem ser revistas pelo Supremo Tribunal Federal.

Os casos desta intervenção acham-se enumerados nos arts. 59 e 61 da Constituição:

a) quando se questionar sobre a validade ou applicação de tratados e leis federaes e a decisão do tribunal do Estado for contra ella;

b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar validos esses actos ou essas leis impugnadas;

c) quando se tratar de *habeas-corpus*;

d) quando se tratar de espolio de estrangeiro, não estando a especie prevista em convenção, ou tratado.

Compete ainda ao Supremo Tribunal rever em qualquer tempo os processos findos, em materia crime, podendo reformar ou confirmar a sentença, nos termos da Constituição, art. 81.

Fóra destes casos, não ha outros em que possa o Supremo Tribunal exercer o seu poder de revisão das sentenças dos tribunaes dos Estados.

Esta disposição foi inspirada pelo *Judiciary act* de 1789 da União Americana, que permitte recurso de todas as sentenças e decisões definitivas do ultimo tribunal dos Estados, sempre que se questione sobre a validade de um tratado, lei ou autoridade exercida pela União, e a sentença do tribunal do Estado seja contraria á validade daquelles actos ou daquella autoridade; ou quando se trate da validade da lei ou da autoridade exercida por um Estado, impugnadas como contrarias á Constituição, tratado ou lei federal, e a sentença proferida pelo Tribunal do Estado, seja em favor da validade da lei ou da autoridade contestada; ou finalmente, quando se trate de algum titulo, direito, privilegio ou immunidade outorgado ou reconhecido especialmente na Constituição, lei, tratado ou autoridade federal (Bryce, *Rep. Amer.* 1).

Essa disposição serviu tambem de norma na Republica Argentina para a lei de 14 de setembro

de 1863, que concede igual recurso, declarando, porém, que a interpretação ou applicação que os tribunaes de provincias fizerem dos codigos civil, commercial, penal e de minas, não autoriza o recurso só pela circumstancia de serem leis do Congresso, por força do art. 67 da Constituição; declaração que a nossa lei n. 221 de 20 de novembro de 1894 reproduziu no art. 24.

Em virtude, pois, das disposições citadas da nossa Constituição, e ainda mais do art. 61, fóra dos casos já enumerados, as sentenças definitivas dos tribunaes dos Estados põem termo aos processos e ás questões suscitadas, e não podem ser revistas pelo Supremo Tribunal Federal.

O recurso concedido nos poucos casos apontados não é um recurso ordinario e commum, ou de appellação, posto que como tal, confusamente, o denomine a lei n. 221, em que é devolvido ao Tribunal superior o conhecimento total do litigio, assim de facto, como de direito; mas um recurso extraordinario, em que só o ponto de direito federal póde ser julgado pelo tribunal *ad quem*, como o *writ of error* da lei americana, como a appellação da lei argentina. (*)

Como effeito, conforme a lição de Curtis (*Jurisd. of Courtes*) o *writ of error* não devolve ao Superior tribunal senão questões de direito, ao passo que a appellação devolve tanto estas como as de factos objecto da lide, ficando nesta ultima hypothese o tribunal revisor subrogado na plenitude da competencia do inferior.

Da diversidade de indole dos dous recursos, asséas caracterisada na citada lei n. 221, de 1894, art. 24, decorre a necessidade de restringir o recurso extraordinario aos casos taxativamente enumerados na Constituição, coherente como o preceito do art. 6º que fixa tambem os casos em que a União pode intervir nos negocias puculiares dos Estados por qualquer dos seus orgãos, e de accordo com o do art. 62, que veda a justiça federal intervir em questões submettidas aos ribunaes dos Estados, annullar, alterar ou suspender

(*) E' a doutrina do art. 102 do Regimento do Supremo Tribunal, que tem força de lei, e que resalva a plenitude da jurisdicção do tribunal nas questões de *habeas-corpus* e espolio de estrangeiros.

as decisões destes (e reciprócamente), salvo nos casos expressamente declarados e já acima referidos.

Quando se interponha recurso fora desses casos o Supremo Tribunal não poderá delles tomar conhecimento, porque as sentenças definitivas dos tribunaes dos Estados e do Districto Federal, em materia de sua competencia, constitue cousa soberanamente julgada.

Resta, porém, uma questão que se prende á intelligencia do art. 59, n. III, § 1º, lettra *a*, da Constituição, e a que se refere o primeiro caso da intervenção acima enumerada ; questão muitas vezes trazida ao conhecimento do Supremo Tribunal e sempre vivamente disputada pelas partes interessadas na reparação do erro commettido no julgamento da justiça estadoal.

Em outros termos : sem sahir dos limites traçados pela lei fundamental, estará o erro na applicação da lei federal, cuja validade não é contestada, comprehendido na lettra ou no espirito da disposição constitucional, que permitte a revisão por meio de recurso quando se questiona sobre a *applicação* da lei federal e a decisão do tribunal lhe é contraria ?

Não hesitamos em pronunciar-nos pela affirmativa. Applicar a lei com violação de sua expressa disposição é o mesmo que não applical-a, ou tel-a por não existente ou revogada. As leis são feitas para serem cumpridas e não illudidas ou postergadas.

A distincção que se tem procurado fazer entre *applicação, applicabilidade* ou *simples interpretação*, a que se refere a citada lei n. 221, muitas vezes accimada de inconstitucional nesta parte, não resiste á analyse que já tem sido feita a proposito pelos mestres da sciencia.

Com effeito, a decisão da justiça estadoal póde ser contraria á applicação da lei federal ou porque se tenha julgado que a lei é inapplicavel á especie, ou porque, ainda sendo applicavel, haja sido a questão resolvida contra a sua terminante disposição, o que vale o mesmo que não ter sido applicada.

O recurso, como adequado meio de resguardar o imperio da lei e reparar a injustiça ou o erro commettido por ignorancia ou falsa intelligencia dada ao preceito legal, quando mesmo fosse o caso duvidoso, deveria ser ampliado, nunca restringido.

Da sua facil admissão só póde resultar bem á justiça, cujos maximos interesses são confiados aos tribunaes, e proveito para a parte, que pela revisão póde obter que seja reconhecido o seu direito iniquamente denegado.

Um dos grandes fins a que se propõe o Supremo Tribunal, como tribunal de revisão, é ou deve ser firmar a jurisprudencia, dando o cunho de acerto e uniformidade ás decisões judiciarias, para que se não torne incerto e vário o direito, creando-se em cada Estado uma doutrina especial sobre cada ramo do direito federal, que é um só para toda a União, e dando em resultado verdadeira anarchia, prejudicial á unidade do direito consagrada na Constituição e, o que é mais, fatal ao proprio regimen politico estabelecido, porque o direito é o vinculo mais poderoso que póde assegurar a união dos diversos membros de que se compõe a federação.

Nada mais logico do que dar a ultima palavra sobre a intelligencia e a appplicação das disposições relativas ao direito civil, commercial e penal ao Tribunal Supremo da Justiça Federal, porque de sua origem são leis federaes, que não podem ficar á mercê do arbitrio e variedade das inconsistentes decisões da justiça local. De outro modo, em breve tempo, ter-se-ha, em vez da unidade, a multiplicidade do direito, que, como já tem sido ponderado, vae necessariamente abalando a unidade nacional.

Cooley, eminente escriptor americano, na sua obra — *The géner. princ. of Const. law* — tratando das causas oriundas da Constituição e das leis federaes, diz:

« As razões justificativas da jurisdicção conferida sobre estas causas aos tribunaes federaes são tão menifestas quanto imperativas.

A solução alternativa seria deixar á decisão final dos diversos tribunaes dos Estados as questões de applicação da lei federal; mas essa solução, pela qual uma multidão de tribunaes teria jurisdicção final sobre causas regidas pelas mesmas leis, geraria, na linguagem do *Federalista*, um monstro de que não poderia resultar sinão a contradicção e a confusão. Raro ou nunca se poderia contar com a uniformidade das decisões, e, dest' arte, as leis federaes, interpretadas e applicadas de modo vário nos differentes Estados, deixariam de ser leis dos Estados Unidos e a propria

Constituição perderia em taes condições a sua força e obrigatoriedade uniforme. Semelhante confusão nas leis constitutivas dos vinculos da união entre os Estados tornar-se-hia intoleravel e não poderia ser de longa duração, porque seguir-se-lhe-hia a prompta dissolução da União. Um governo que dependesse de outros para a interpretação e execução das suas proprias leis ficaria continuamente á mercê destes e não poderia ser acatado no interior, nem merecer confiança no exterior, pela impossibilidade de infundir respeito e de desempenhar as suas obrigações. »

Perfeitamente applicaveis ao nosso caso são as considerações que ficam feitas.

Não se argumente, pois, com o exemplo dos Estados Unidos, cujas condições, aliás, são diversas das nossas, porque não é lá o direito uno e tem cada Estado o seu Tribunal Superior para rever os julgamentos dos tribunaes inferiores ; nem com a disposição da lei n. 221, interpretando nesta parte a Constituição, porque não o podia fazer como lei ordinaria, quando mesmo fosse sustentavel a distincção que estabelece em termos pouco claros e convincentes.

Menos ainda colhe a razão que se tem dado de offensa á independencia ou autonomia da justiça local, sujeitando os seus julgamentos á apreciação do Tribunal de Justiça Federal, porquanto, sobreleva á ponderação dessa ordem o supremo interesse da justiça confiado ao criterioso juizo dos tribunaes; se, ao enuncial-o, é violada a lei, não ha razão em que se funde a invocada autonomia. Acima de tudo a autoridade da lei.

Pela propria Constituição, e por motivos obvios, são diversos julgamentos da justiça local revistos pelo Supremo Tribunal, e nem por isso deu-se jamais por offendida a sua não contestada independencia.

A prevalecer a razão, seria absoluta ; não teriam cabimento as excepções sem reluctancia acceitas.

O que tem sido allegado, e por vezes provado, é que ha julgamentos manifestamente injustos ou contrarios á lei clara e positiva, aos quaes é impossivel dar remedio prompto e efficaz, desde que subsista a restricção que na pratica se tem dado á disposição constitucional, nullificado assim o recurso por ella mesma creado, porque raras, muitas raras vezes haverá julgamento contestando a validade ou applicação em these da lei federal.

O que ha commummente é a falsa interpretação ou errada applicação do preceito legal, e o damno immediato que dahi provém para a justiça e para a parte que reclama providencia, que cumpre ser tomada, á não se querer dar á phrase da Constituição a favoravel intelligencia que fica indicada.'

Os proprios sectarios da doutrina restrictiva reconhecem o grande mal que provèm da omnipotencia dos tribunaes locaes, sendo de temer-se que corrompida por uma applicação ou interpretação erronea, venha a soffrer a unidade do direito, que é um dos mais fortes laços da unidade da nação.

Accrescentam, porém, que esse defeito é congenito com o regimen de governo local, é inherente ao systema federativo e um dos seus lados fracos, como o mostra Bryce (obra citada): para extirpal-o fôra mister abolir o mesmo regimen.

Mas, póde esse mal ser muito attenuado, no entender dos que o reconhecem, e mesmo extincto com o decurso do tempo, sem sahir-se da Constituição, por meio de medidas que entram na competencia ordinaria do Congresso Federal.

Uma dellas seria a promulgação de uma lei que, como no Imperio Allemão, estabelecesse as condições da organisação de todos os tribunaes judiciarios na Republica, federaes ou estadoaes, e da capacidade, aptidão e independencia dos juizes, lei que entra sem duvida nos poderes do Congresso implicitamente contidos no art. 34, n. 34 da Constituição Federal.

Obrigatoria para os Estados, pois não seria mais do que a regulamentação do art. 63 da mesma Constituição, a lei organica melhoraria logo a administração da justiça, tornando a magistratura uma carreira segura e garantida (que hoje não é, pelo que se tem observado em diversos Estados), attrahindo para ella os grandes talentos e despertando nos juizes uma emulação salutar á sua reputação, fazendo com que se dedicassem ao estudo profundo do direito, e concorressem deste modo para manter a pureza da doutrina na jurisprudencia dos tribunaes a que pertencessem.

Outra medida seria alargar a orbita do recurso extraordinario, não para permittil-o fóra dos casos da Constituição, o que exigiria a reforma desta, mas para admittil-o só no interesse da lei, como no do-

minio da extincta revista, sempre que a lei, fosse violada na sua these, sem comtudo ferir o julgado na parte relativa ao direito dos litigantes fixado na sentença.

Bastaria apenas restaurar o art. 18 da lei de 18 de setembro de 1828, dando ao procurador seccional ou ao procurador geral da Republica o direito de recorrer das sentenças no unico interesse da lei.

A doutrina da decisão revisora, infiltrando-se incessantemente na jurisprudencia, levaria afinal os tribunaes locaes ao acerto da interpretação.

Com estas providencias ha quem entenda que cessariam os inconvenientes apontados, e sem sahir da Constituição manter-se-hia illesa a unidade do direito no meio da variedade da jurisprudencia seguida nos Estados.

Seja, porém, qual for o remedio adequado ao mal geralmente reconhecido, o que é certo é que elle se faz preciso e urgente, a não querer-se que seja na pratica uma burla o que em principio é uma incontestavel verdade: — a lei é feita para ser fiel e exactamente applicada.

Se o mal provém especialmente da restricção infundada que se encontra na lei n. 221, art. 24, aliás incompetente para interpretar ou restringir a disposição constitucional, seja ella reformada, ampliando-se o que inprudentemente restringiu; para isso não ha necessidade de tocar na Constituição, que, quando bem entendida, satisfaz plenamente as conveniencias da justiça.

Nenhuma reforma seria precisa desde que fosse applicada a disposição constitucional de accordo com a boa razão e com os sãos principios da justiça e da equidade.

Concluindo, e com relação ao 2º quesito, a resposta é: que em face dos arts. 59, n. III, § 1º, 61 e 62, as decisões dos tribunaes dos Estados, nas materias de sua competencia, são terminativas do feito, e sómente nos casos que ficam indicados podem ser sujeitas á revisão do Supremo Tribunal Federal.

Rio, 30 de abril de 1900.

O. H. D'AQUINO E CASTRO.

DIREITO PUBLICO

These IV

DISSERTAÇÃO APRESENTADA

PELO

Dr. Godofredo Xavier da Cunha

(RELATOR)

Juiz seccional do Districto Federal

DIREITO PUBLICO

THESE IV

Ha actos de administração ou do Governo que escapem á apreciação do Poder Judiciario?

No caso affirmativo, qual o principio que deve servir de criterio?

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, no art. 15 reconhece, a exemplo de outras constituições, a necessidade da triplice divisão dos poderes politicos: o legislativo, o executivo e o judiciario, estabelecendo, ao mesmo tempo, que elles são orgãos da soberania nacional, harmonicos e independentes entre si.

Não haveria, realmente, ordem e liberdade, si não existisse completa separação de poderes, sem invasões, nem usurpações, movendo-se cada um dentro de sua orbita própria, de seus verdadeiros e legitimos limites.

A sua confusão seria a desordem, a tyrannia.

A Constituição de 25 de março de 1825, no art. 9º já considerava a divisão e harmonia dos poderes politicos como o principio conservador dos direitos do cidadão e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias constitucionaes.

São harmonicos, porque se auxiliam mutuamente, trabalham para o mesme fim — o interesse geral; são independentes, porque agem por si dentro de sua esphera propria, sem dependencia nem subordinação a outro poder.

Não ha, do mesmo modo, liberdade, diz Montesquieu, Esprit des Lois — XI, 6, si o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo. Si o poder judiciario estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e liberdade dos cidadãos seria arbitrario, porque o juiz seria legislador. Si es-

tivesse unido ao poder executivo, o juiz seria um oppressor.

A missão do poder legislativo é converter em lei o pensamento, a vontade, as necessidades sociaes; a do executivo, fazer effectiva a lei; a do judiciario, applicar as normas geraes do direito aos casos concretos.

Este, porém, como guarda da Constituição e das leis, extranho aos negocios e questões politicas, com a faculdade de conhecer de actos do Governo, que forem inconciliaveis com a Constituição e as leis, não deixa de exercer, no nosso regimen, como no americano, uma certa superioridade sobre o legislativo e executivo, servindo de moderador entre os dous.

Tocqueville, fallando do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da America, não encobre esta verdade, quando dtz: «E' para elle que appella o poder executivo, afim de resistir ás invasões do poder legislativo; o legislativo para defender-se das usurpações do poder executivo: a União para fazer-se obedecer pelos Estados: os Estados para repellirem as pretenções exaggeradas da União; o interesse publico contra o interesse privado; o principio conservador contra a instabilidade democratica.»

O executivo se subdivide em dous ramos, poder de gestão, *jure gestionis* e poder politico, *jure imperii*.

O poder executivo, diz Berteti no § X do Contenzioso Amministrativo na Italia, è politico ou administivo.

Os actos politicos do governo, no sentido restricto, escapem á acção da justiça; os actos de gestão estão sujeitos á intervenção do poder judiciario quando offendem direitos.

Marshall, o notavel mestre de direito constitucional, traduzido pelo eminente Ruy Barbosa nos actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo, sentenciando no processo Marbury v. Madison, explica quaes os actos ou as materias por sua natureza restrictamente politicas.

Diz elle: « Pela Constituição dos Estados Unidos, o presidente é investido em certos poderes politicos importantes, no exercicio dos quaes tem de usar de sua propria discreção, ficando responsavel exclusivamente para com seu paiz, no caracter politico, e para com sua consciencia. Em taes casos... a ma-

teria é politica, *porque respeita á nação e não aos direitos individuaes* (they respect the nation, not individual rights); e sendo confiados ao executivo, a deliberação deste é determinante.»

Mas, (aqui se accentua a limitação) quando a legislatura impõe a esse funccionario outros deveres; quando se lhe commette a execução de certos actos; quando da realisação destes pendem direitos individuaes, já o funccionario nesta parte é agente da lei, responde perante as leis por seu procedimento, e não pode ao seu arbitrio dispor de direitos adquiridos.

Onde, portanto, os chefes de administração são instrumentos politicos e confidenciaes do poder executivo, instituidos apenas para cumprir as vontades do presidente, ou antes, para servir em assumptos, *nos quaes o poder executivo exerça discreção* legal ou constitucional (*in cases in which the executive posses a constitucional or legal discretion*), perfeitamente obvio é que seus actos não são examinaveis senão politicamente.

Mas, onde a lei estatue especificadamente um dever, e *ha direitos individuaes,* dependentes da observancia deste, igualmente manifesto é que qualquer individuo, que se considere aggravado, tem o direito de recorrer, em procura de remedio, ás leis do paiz.» E, afinal, resumindo o seu pensamento numa fórmula magistral:

« *A esphera do tribunal é unicamente decidir ácerca dos direitos individuaes,* não investigar de que modo o executivo (ou seus funccionarios) se desempenha de encargos *commettidos á sua discreção.*»

« No caso Marbury v. Madison dizia ha tres annos, na celebração do centenario da Suprema Côrte Federal, um dos orgãos mais illustres do fôro americano (Hampton Cason's Supreme Court II, pag. 634) « este tribunal definio com extraordinaria força e lucidez as balisas da autoridade respectivamente distribuida aos tres ramos do governo.

Então, se demonstrou que todo acto legislativo, repugnante á Constituição, deve ser desprezado pelos tribunaes como nullo; que os funccionarios administrativos podem ser compellidos pelo poder judiciario a cumprir os deveres, que lhes forem explicitamente impostos e *não envolverem faculdade dis-*

crecionaria (and not involving official discretion): porquanto, disse o tribunal, o Governo dos Estados Unidos é um governo de leis, não de arbitrio pessoal (*a government of laws and not of men*), e a alçada judicial limita-se a decidir sobre direitos individuaes, não lhe competindo liquidar questões de seu natural politicas, intromettendo-se em assumptos encarregados pela Constituição, ou pelas leis, á discreção (*to the discretion*) de outro poder.»

Noutro logar, Hitchcock doutrina que as questões que «não tocam á provincia da Justiça, são as *puramente politicas*, isto é, as que disposições da Constituição ou de leis confiam á *discreção administrativa* ou legislativa».

« Carlier, na sua obra La Republ. Americaine, diz: «Uns (poderes pela Constituição conferidos) são de ordem politica, a saber, *teem o caracter discrecionario*.

Os demais (e é o maior numero) interessam á vida civil, e devem ser encarados, abstrahindo-se da auctoridade que os exerce.»

Varios são os exemplos que o auctor adduz, para esclarecer estas distincções, « geralmente acceitas».

Poderiamos, diz Ruy Barbosa, na citada obra, com o publicista francez, multiplicar a exemplificação dos poderes de ordem *politica* e *discrecionaria*, que não admittem syndicancia judicial.

Em resumo, os actos do executivo de natureza *puramente politica* escapam á interferencia do poder judiciario, mas os actos politicos que attingem ou ferem direitos individuaes não escapam ao exame judicial.

Na esphera da administração, é preciso verificar se a acção do executivo lesa um direito ou fere um interesse.

Em direito administrativo é elementar a distincção entre actos graciosos e contenciosos. A administração é graciosa quando os seus actos são fundados no interesse geral, sómente podem ferir ou ferem o *interesse particular*, dada a collisão entre esses dous interesses. E' contencioso quando fere direitos. A administração, attributo e instrumento essencial do Poder Executivo, procede *discrecionariamente* e com arbitrio, o que não quer dizer que o seu poder seja absoluto, porque tem por limites a lei e o direito. Toma,

dentro do circulo de suas attribuições e na conformidade das leis, as medidas que julga convenientes ao interesse geral da sociedade.

Ninguem o pode atacar ou discutir, quer perante os tribunaes, quer perante os tribunaes administrativos. Em materia de interesses e no caso de collisão entre o dos particulares e o da sociedade, não pode deixar de haver na administração *certo poder discrecionario*, para resolver. O governo, por exemplo, é obrigado a mandar fazer por empreitada uma obra publica ou a conceder minas para explorações, com taes e taes condições. São pretendentes Pedro, João e Antonio, que satisfazem as condições da lei. A administração prefere Pedro. Fere os interesses de João e Antonio, mas não os seus direitos. Nem a lei podia prever o caso e determinar que, apresentando-se tres, a concessão fosse feita a João. Si fosse possivel fazel-o e o fizesse, o poder legislativo invadiria o administrativo e administraria.

Estes principios concisamente expostos por Uruguay, tom. I, cap. III, teem sido geralmente acceitos.

Com Uruguay, pensam todos os escriptores que tratam da materia.

Georgi, um dos mais notaveis, na sua obra — La Dottrina delle persone giuridiche o corpi moralli, n. 176, 1º vol. analysando a lei de 20 de março de 1865, que, com a de 31 de março de 1877 e 31 de março de 1889, constitue todo o systema legislativo vigente sobre — Justiça administrativa contenciosa da Italia, assim se exprime, em resumo:

« A Justiça na administração converteu-se de prerogativa da administração em prerogativa do direito privado contra os abusos da administração. O intuito da lei (de 20 de março de 1865) foi confiar ao poder judiciario a tutela dos direitos privados em conflicto com a acção governativa corrigindo os abusos da administração. A referida lei abolio o foro administrativo excepto nas questões de exclusiva competencia do Tribunal de Contas e do Conselho de Estado, submettendo á jurisdicção ordinaria todas as causas de direito privado em contraste com a administração publica e obrigando esta a conformar-se com a decisão dos tribunaes communs que consigne a censura do seu acto. »

Por outro lado, porém, a mesma lei facultou á administração agir livremente em todos os casos em que estejam em jogo simples interesses e não direitos e restabelecer o direito pelo tribunal reconhecido lesado, sendo vedada ao poder judiciario a revogação do acto administrativo. Em summa, o intuito dessa lei foi firmar a distincção entre *direito* e *interesse* privado, estabelecendo ao mesmo tempo a differença entre acto declaratorio e a *execução* de poder julgador.

Podem ainda ser consultados com proveito sobre a materia Chambran, «Le Pouvoir Executif aux Etats Unis», discurso do Senador Campos Salles publicado no *Diario do Congresso* de 17 de outubro de 1891. A exemplo da legislação italiana, ainda perduram entre nós alguns vestigios do contencioso administrativo em relação ás questões affectas ao Tribunal de Contas e ao Conselho de Fazenda, sendo certo, aliás, que estas ultimas, á excepção das que pertencem ao Tribunal de Contas, podem ser levadas ou julgadas pelo poder judiciario federal.

As contestações das partes prejudicadas pelos actos da administração publica geram acções que se debatem no terreno do contencioso administrativo e são julgadas pelo poder judiciario.

Este se limitava, outr'ora, tão sómente á applicação das leis nas multiplas relações do direito privado, do contencioso judiciario, que rege as relações de ordem privada, mas, agora a sua competencia se estende tambem ás questões que se suscitam entre os cidadãos e o Governo, ao contencioso administrativo que rege as relações de ordem publica.

Das autoridades administrativas passou para as judiciarias, pela implantação do novo regimem politico, o contencioso administrativo.

A lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, que se inspirou na legislação italiana, sobre o contencioso administrativo, dispõe no preambulo do art. 13 que os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das auctoridades administrativas da União, compentindo-lhes, segundo o § 9º, annullar aquelles actos, no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do auctor, si verificar, mediante o respectivo processo, que elles são illegaes, e de conformidade com o § 10 do mesmo artigo, apre-

ciar a validade das leis e regulamentos e deixar de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição.

Ainda é do citado artigo a seguinte disposição: « A medida administrativa tomada, em virtude de uma faculdade ou poder discrecionario, sómente será banida por illegal, em razão de incompetencia da auctoridade respectiva ou do excesso de poder.»

A lei n. 221 de 1894, a exemplo da italiana, não permitte tambem que o judiciario nas suas sentenças transponha a esphera traçada do poder executivo em relação aos actos praticados no exercicio de suas funcções, obrigando-o a revogar ou desfazer o proprio acto.

Ao judiciario apenas compete, nas soluções dos litigios entre os individuos e a administração, declarar inconstitucional ou illegal o acto desta em confronto com a constituição e as leis, condemnando o Governo ou a Fazenda nacional a reparar a lesão pecuniariamente, abstendo-se de apreciar o merecimento do acto administrativo, sob o ponto de vista de sua conveniencia ou opportunidade.

Quando a administração contracta com um individuo, se nivela aos particulares, determinando tambem a ingerencia do poder judicial no caso de duvidas ou questões que porventura se suscitem na execução dos contractos.

Fazendo applicação dos principios expostos, não é difficil, fixando a natureza do acto, precisar quaes os actos do Governo que escapam ou não á apreciação do poder judiciario e qual o criterio que deve servir de base para distinguil-os.

Este trabalho não aspira a honra de ser considerado uma monographia ou dissertação, mas uma simples e despretenciosa exposição de normas ou regras para facilitar a solução de um ponto do questionario do Congresso Juridico.

Concluo, pois: A intervenção judiciaria nos actos de administração ou do governo só é legitima quando um direito individual é lesado.

Districto Federal, 30 de abril de 1900.

GODOFREDO XAVIER DA CUNHA.

DIREITO PUBLICO

These V

DISSERTAÇÃO APRESENTADA

PELO

Dr. Gabriel Luiz Ferreira

(RELATOR)

Representante do Instituto da Ordem dos Advogados Brazileiros

DIREITO PUBLICO

THESE V

O *impeachment* do Presidente da Republica é uma simples medida politica?

Neste caso póde a pena consistir, além da perda do cargo, na incapacidade para o exercicio de quaesquer outros cargos politicos?

Deve responder a *impeachment* o Presidente que renunciou o cargo?

A palavra *Impeachment* não foi ainda introduzida na linguagem de nossas leis, mas é certo que passando da jurisprudencia ingleza para a technologia universal do direito publico, tem uma significação geralmente conhecida, e serve para designar o processo especial, a que são sujeitos os altos representantes do poder publico pelos crimes e abusos que commettem, no exercicio de suas funcções governamentaes.— *Campbell Blak*, *Law Diccionary*. Cabinet Lawyer pag. 835.

Não caracterisam precisamente esse instituto juridico tal como apparece em nosso direito patrio as definições dos publicistas estrangeiros, porque são formuladas segundo o ponto de vista particular das Constituições que elles commentam, e estas variam, quer em relação ás pessoas sujeitas ao respectivo processo, e as penas que lhes podem ser impostas, quer em relação ao modo porque é constituido o tribunal competente para julgal-o — *Darests, Constitutions Modernes, Franc*. art. 9, *Belg*. art. 90, *Austro-Hungara* arts. 50 e 51, *Ital*. art. 30, *Mexicana* art. 105, *Argent*. arts. 51 a 53, *Chil*. arts. 83, 96 e 97.

Como porém a razão fundamental que o justifica é a mesma em todos os paizes, dahi parti-

remos para melhor esclarecimento das questões propostas no programma, estudando-o depois em face do direito Inglez e do Americano, fontes proximas do nosso nesta materia, sobre a qual não existe doutrina desenvolvida por publicistas nacionaes com os elementos fornecidos pela Constituição vigente.

Na immensa variedade de circumstancias em que se desenvolve a acção dos homens politicos ha factos de natureza muito complexa — factos que podem ser damnosos em extremo sem serem positivamente illegaes, e factos que admittindo a qualificação de crimes, nem por isso perdem o seu caracter politico, sob cujo aspecto devem ser considerados, não exclusivamente segundo os preceitos inamolgaveis da justiça, mas pelo criterio de conveniencia, que altas razões de Estado podem suggerir — Rossi, *Droit Const.* vol. 4º pag. 207.

Tratando-se de factos semelhantes seria injusto abstrahir da posição official do accusado, que, realmente criminoso, ou simples victima de odios, deve ser julgado por um tribunal de competencia e capacidade especiaes, cuja elevação exclúa as duas hypotheses igualmente funestas, de uma absolvição extorquida a fraqueza dos tribunaes de jurisdicção ordinaria, ou de uma condemnação imposta por influencia das paixões dominantes — Carlier, *La Republique Americaine*, vol. 4º pag. 219.

Está com effeito no interesse social que não fiquem expostos aos primeiros assaltos da malevolencia os homens que se elevam a altura das posições governamentaes, porque isso afastaria dellas os mais idoneos, e por outro lado é intuitiva a necessidade de uma sancção compulsiva contra os que abusam dos poderes que lhe são confiados, pondo-se em antagonismo com os supremos intuitos de toda organisação politica — *Ford American Citizen' Manual Part* II.

Dahi a legitimidade do *Impeachment* como instituição politica nos paizes constitucionalmente organizados, entre os quaes é digno de especial menção a Inglaterra, onde o seu uso foi introduzido não simplesmente como uma garantia de segurança do reino, mas sobretudo como um poderoso escudo do direito e da liberdade, tão efficaz e tão forte que Burke o qualificou de cimento geral da Constituição

sem o qual a Inglaterra não seria a Inglaterra — *Fischels The English Constitution* vol. 2º pag. 355.

Não obstante a latitude discricionaria de sua applicação, o que alli principalmente se teve em vista por esta fórma de processo foi a responsabilidade dos Ministros de Estado, que, uma vez admittida a flcção legal da irresponsabilidade régia, era preciso fazer effectiva sob pena de ficarem impunes os abusos da administração, e sem garantias os altos interesses que lhe são inherentes — HANNIS TAYLOR, *The Origin and Grouth of The English Constitution* pag. 504.

Convem accrescentar que os Ministros, conforme o regimen parlamentar inglez, são responsaveis não sómente pela legalidade, mas tambem pela sabedoria e opportunidade de seus actos, porque « si por um lado cumpre-lhes desenvolver todo zelo no serviço da corôa, são culpados por outro lado quando assumem o encargo de obrigações tão graves sem ter a capacidade precisa para cumpril-as » — LORD BROUGHAN — Discussion of adress 22 jan. 1846.

Sem embargo de assentar sobre tão larga base moral e juridica, não raro se disvirtuou ali a salutar instituição do *Impeachment*, ora substituindo-se pelo *Bill of atteinder*, ora confundindo-se com elle, como se verificou no celebre caso de *Strafford*, factos quese explicam pela autoridade absoluta do parlamento, exercida naquelle paiz soberanamente e sem contraste —BLAKSTONE, *Commentaries on the English Law*, vol. 1º pag. 278.

Graças a tão estranha omnipotencia, o *Impeachment* tem na Inglaterra uma latitude inconsiliavel com o systema de governo electivo e temporario, pois é extensivo a todo cidadão embora não se ache investido de posição alguma official, abrange toda ordem de factos e autoriza a imposição de quaesquer penas sem distincção de natureza e de grau — WALKER'S, *American Law* pag. 92.

Instituido por este modo, elle seria a expressão mais perfeita do absolutismo parlamentar, se não fosse exercido com tanta sabedoria e prudencia que a historia daquelle grande paiz nos ultimos cem annos de sua existencia apenas registra dois casos de effectiva applicação desse processo, que foram os de *Warren Hastings* e de *Lord Melville*, o que levou Sir Robert Peel a dizer na Camara dos Communs que o tempo

dos *Impeachments* havia passado (*the days of impeachment are gone*) ERSKINE MAY *Constitutional History of England*, vol 1º pag. 548.

Foi calculando com os perigos de uma instituição assim delineada de forma a se converter facilmente no mais odioso instrumento de tyrania que JEFFERSON se pronunciou contra sua transplantação para a Republica Americana, em carta que dirigiu a MADISON em 17 de fevereiro de 1798, na qual dizia que os tribunaes de jurisdicção ordinario bastavam em tudo que se podia desejar para a punição dos culpados, e que o *Impeachment*, como mostrava a historia, era antes uma arma das paixões do que um instrumento da justiça — *Extracto das Memorias de Jefferson publicadas por Conseil.*

Era porém indispensavel prevenir os casos de absoluta obsessão dos homens de governo, acautelando-se o interesse supremo da sociedade pelo desempenho regular de funcções que interessam no mais alto grau a existencia politica da nação, e o trabalho da Convenção consistiu menos na adopção do *Impeachment* do que no modo de organizar com todas as condições de imparcialidade, independencia e saber o tribunal competente para julgal-o — STORY, *Com on the Const, of the United States* n. 395.

Grande foi, com effeito, a divergencia de opiniões que então se manifestaram a tal respeito.

Entendiam uns, que o poder de decretar o *Impeachment* devia pertencer á Camara dos Deputados, confiando-se ao Senado a attribuição de julgal-o, como se pratica na Inglaterra, onde essas attribuições são exercidas respectivamente pela Camara dos *Communs* e pela dos *Lords;* sustentavam outros, que não convinha confiar-se ao Senado, corporação formada por influencias de partido, uma tal attribuição — CARLIER, *La Republique Americaine*, vol. 4º pag. 219.

Pretendeu-se evitar esse inconveniente suggerindo diversos alvitres ; mas, nenhum mereceu acceitação, triumphando afinal a idéa da preferencia do Senado para tão alto mister, não tanto pela força dos argumentos, pois tinham igual cunho de relevancia os que nesta questão foram produzidos de lado a lado, mas talvez pela judiciosa reflexão que se traduz nas seguintes palavras de HAMILTON:

If mankind, ponderou elle, *were to resolve too aggree in no institution of government until every part*

of it had been adjusted to the most exact standart of perfection, society would soon become a general scene of anarchy, and the woald a desert — THE FEDERALIST, pag. 284, n. 65.

Quanto ao mais, sem repellir inteiramente a influencia da tradição ingleza, a novel Republica, cuja Constituição é considerada por Taylor e ELLIS STEVENS como um desenvolvimento natural das instituições da metropole, deu ao *Impeachment* uma feição nova, permittindo o uso delle tão sómente contra individuos que exercessem funcções officiaes, e não autorisando como pena senão a destituição do culpado e sua inhabilitação para exercer outro cargo — *Const. of the United States, art. I, secção III, § 6 and 7, art. II, secção IV.*

Se, porém, o facto em que se basea a accusação constitue um crime definido na lei penal, o julgamento do *Impeachment* não isenta o culpado de responder criminalmente perante os tribunaes de jurisdicção ordinaria, sendo-lhe applicaveis as mesmas penas e fórmas processuaes estabelecidas em relação aos delinquentes de crimes communs — *Const., art. citado.*

Assim, bem inspirou-se a Convenção, pois attendeu á dupla natureza das questões inherentes a esta medida constitucional, deferindo logicamente a uma corporação politica o julgamento do facto no que elle tem de politico, e aos tribunaes judiciarios a apreciação dos elementos que deve reunir para constituir um crime punivel — E. LABOULAYE, *Const. des Etats Unis, pags. 397 e seguintes.*

Fazendo o parallelo do *Impeachment* Americano e do Inglez, TOCQUEVILLE demonstra com admiravel lucidez de idéas a excellencia do primeiro sobre o segundo, e assignala o verdadeiro caracter desta instituição dizendo que nos Estados Unidos ella é antes uma medida administrativa do que um acto judiciario, razão pela qual é menos temivel do que na Europa, onde se dá justamente o contrario — TOCQUEVILLE, *Democratie en Amerique, vol. 3º, pags. 178 e seguintes.*

Sem combater theoricamente esta asserção, um publicista da Republica Argentina se pronuncia de modo diverso, dizendo que alli, como nos Estados Unidos, o juizo politico é illusorio, não existindo de facto uma força coercitiva que contenha os funccionarios publicos nos limites de seu dever, porque a

Camara dos Deputados, que em taes casos preenche a funcção do Ministerio Publico, não póde ser zelosa de interesses que não representa — JULIAN BARRAQUERO, *Espiritu y Pratica da Const. Arg. pag. 286.*

Qualquer que seja o alcance desta observação no ponto de vista pratico, não se lhe póde attribuir grande valor como argumento, porque funda-se em vicios originarios do systema representativo, que seria condemnado em absoluto se por elles exclusivamente podesse ser julgado. Não ha poder politico que não tenha certa latitude discricionaria, e todo poder discricionario é susceptivel de abusos que em ultima analyse só podem ser corrigidos pelo povo, usando criteriosamente de sua soberania — POMEROY'S, *Const. Law*, pag. 603.

Entretanto, nem a Constituição Americana nem a nossa que á tomou por modelo, são irreprehensiveis no modo por que regularisaram a materia em discussão, conforme se verá pelo exame comparativo de suas disposições, ao qual procedemos em seguida, na persuasão de que assim poderão ficar melhormente esclarecidos os pontos do questionario, sobre que temos de apresentar conclusões.

Postos em confronto os arts. I Sec. II § 5º, Sec. III do mesmo artigo §§ 6º e 7º e art. II Sec. IV da Constituição Americana, e os arts. 33, 53 e 54, da Constituição Brazileira, juntamente com as leis ordinarias n. 27, de 7 e n. 30, de 8 de janeiro de 1892, decretadas em virtude do disposito nos §§ 1º, 2º e 3º do ultimo dos citados artigos, verifica-se que as duas Constituições dispoem uniformemente em relação: —

— á competencia da Camara dos Deputados para decretar o *Impeachment* do Presidente da Republica e á do Senado constituido em Tribunal de Justiça para julgal-o, a primeira das quaes se justifica pela immediata relação da funcção representativa da Camara com o sentimento popular e a segunda pelo alto criterio, independencia e saber que se presume no Senado, como corporação politica — THE FEDERALIST, pag. 281, n. 65;

— á necessidade de dous terços dos votos dos membros presentes do Senado para proferir sentença condemnatoria, como uma garantia poderosa em favor do accusado contra o espirito de facção, que não raro tem surgido no seio das corporações politicas, obscurecendo a verdade e sobrepujando os dictames da

justiça — STORY, *Com. on the Const. of the United States*, n. 391.;

— á presidencia do Senado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, quando deliberar como Tribunal de Justiça, no duplo fim de impedir a intervenção do Vice-Presidente no resultado de um julgamento que póde favorecer suas ambições pessoaes, e de levar ao seio de um tribunal estranho á funcção julgadora o concurso da experiencia e da pratica adquirida no exercicio da magistratura — WALKER'S, *American Law*, pag. 92;

— á limitação das penas, que não podem ir além da perda do cargo e da incapacidade para exercer qualquer outro, conjunctamente com a declaração de que o culpado não fica isento de outras que lhe possam ser impostas pelos tribunaes de jurisdicção ordinaria, de conformidade com a lei penal commum — CARLIER, *La Republique Americaine*, vol. 4º, pag. 221.

Divergem, porém, as duas Constituições:

— na designação das pessoas sujeitas a *Impeachment*, que a brazileira restringe ao Presidente da Republica e aos Ministros de Estado nos crimes de responsabilidade connexos com os deste, e a Americana estende ao Vice-Presidente e a todos os funccionarios de ordem civil (*Civil officers*);

— na designação dos fundamentos legaes para o processo, os quaes são determinados de modo expresso na Constituição brazileira, e especificadamente definidos na lei ordinaria, que em virtude della se decretou, ao contrario da americana, que os estabelece de modo vago — COOLEY'S, *The General Principles of Const. Law*, pag. 163;

— na fórma do processo, sobre a qual nada dispõe a referida Constituição, emquanto que a nossa prescreveu a regulamentação della por lei ordinaria, que é a de n. 27, de 7 de janeiro de 1892.

Sobreleva em sabedoria a Constituição brazileira sobre a americana em relação ao primeiro dos indicados pontos de divergencia, maxime considerando-se a interpretação dada ás palavras *civil officers*, que, segundo a decisão proferida no caso do senador BLOUNT, não comprehendem os senadores e deputados, abrangendo aliás, conforme a jurisprudencia geralmente admittida, os magistrados e os funccionarios adminis-

trativos, sem distincção de categoria e de classe. POMEROY'S, *Constitucional Law*, pag. 599.

Ora, pertencendo a um poder independente do legislativo e devendo pairarem em região superior ás agitações politicas, os magistrados não devem ficar sujeitos á accusação promovida e sustentada por uma corporação, em que facilmente repercute o echo das paixões, desencadeadas muitas vezes por motivos estranhos aos interesses da justiça, e nem por estar confirmada semelhante jurisprudencia nos casos de *Pikering*, *Chase*, *Peck*, e *Humphries*, deixa de constituir uma aberração.

Razões de outra ordem, mas igualmente poderosas, demonstram a inapplicabilidade do *Impeachment* aos funccionarios administrativos, que são immediatamente subordinados ao Presidente da Republica, sujeitos a penas disciplinares, em sua maior parte demissiveis, achando-se. por conseguinte, em situação muito secundaria para serem submettidos a um julgamento politico, que sempre teve por fim os grandes crimes e pessoas altamente collocadas.— BRYCE, *Americanh Commonwealth*, vol. 1º pag. 208.

Pela conducta de taes funccionarios respondem juridica e moralmente os representantes immediatos do Poder Executivo, aos quaes incumbe o dever legal de velar pelo bom desempenho do serviço publico em todos os pelo seus departamentos, cohibindo os abusos que por qualquer fórma entorpeçam ou disvirtuem a acção official nos legitimos intuitos da ordem, probidade e inteireza administrativas. KENT'S, *Com.*, vol. 1º, pag. 289.

O que razoavelmente se póde estabelecer em consideração á respeitabilidade e á influencia relativa dos juizes e funccionarios publicos de mais elevada graduação na hierarchia official, é a designação de um fôro especial para o julgamento dos crimes que lhes forem imputados, de modo a conciliar-se a necessidade de se fazer effectiva a punição que mererem com as garantias que requer a importancia de sua posição official, como fez nossa Constituição deferindo ao Senado o julgamento dos juizes do Supremo Tribunal Federal pelos crimes de responsabilidade e a este o dos Ministros de Estado, arts. 52 § 2º e 57 § 2º.

Em relação ao segundo ponto de dissemelhança das duas Constituições, foi a nossa igualmente melhor

inspirada, distinguindo claramente os crimes funccionaes dos crimes communs, que o Presidente da Republica possa commetter, e evitando assim as interpretações mais ou menos arbitrarias, com que ainda hoje se disputa nos Estados Unidos se podem ser objecto de *Impeachment* factos estranhos ao caracter official do accusado, e se as palavras *high crimes and misdemeanors* comprehendem factos não definidos como crimes pela lei penal (*indictable offences*). POMEROY'S, *Const. Law*, pag. 601 e seguintes.

Não o foi, porém, especificando os crimes de responsabilidade, que séria melhor designar por uma formula generica, abrangendo toda especie de malversações, porque estas variam infinitamente de natureza, e podem ser praticadas por um presidente de Republica de tantas maneiras igualmente funestas a sociedade, que qualquer especificação para o fim de serem punidas peccará por deficient.— STORY, *Com.*, *§§ 764 e 797*.

E' verdade que difficilmente se conceberá um facto cuja classificação não possa caber em alguma das cathegorias de crimes de responsabilidade enumeradas no art. 54 da Constituição e detalhadamente definidas na lei n. 30 de 8 de janeiro de 1892; mas, si o que se teve em vista foi não excluir da devida repressão hypothese alguma que a reclamasse, chegar-se-hia com mais segurança a este resultado, abrindo aos dous ramos do Congresso um campo de apreciação mais e largo e mais livre.

Se, ao contrario, foi isso exactamente o que se procurou evitar receiando abusos do Congresso escolheu-se um meio inefficaz, porque abusos póde o Congresso commetter de mil modos, inclusive a adulteração dos factos e a condemnacão sem provas, soberano como é na decretação do *Impeachment* pela Camara e no julgamento delle pelo Senado, corporações em que aliás não se deve presumir senão circumspção e largueza de vistas.

Estas considerações applicam-se igualmente á previa regulamentação do processo, porque a natureza dos factos que o autorisam e os titulos de alta competencia do tribunal julgador repellem a idéa de formulas restrictas, que o tolham de proceder com liberdade, como judiciosamente ponderou BUTLER no julgamento do presidente ANDREW JOHNSON, dizendo que o Senado

quando funcciona como alta corte de justiça *was a law unto it self, bound only by the natural principles of equity and justice*—MORRE, *The American Congress* pag. 429.

Ha ainda uma differença entre as duas Constituições, e é que a Americana nada dispõe sobre os effeitos immediatos da accusação, uma vez declarada procedente pela Camara, ao passo que a nossa prescreve expressamente que, verificada essa hypothese, o Presidente da Republica ficará suspenso de suas funcções, equiparando assim o acto da Camara no processo politico á pronuncia judiciaria no processo por crimes communs.

E' evidente que tal disposição obedeceu ao pensamento preconcebido de fortalecer a autoridade do Congresso, infraquecendo a do Presidente da Republica, e tanto basta para se reconhecer que é contradictoria com o espirito geral da Constituição, que consagrou o principio da divisão dos poderes, organisando-os em condições de reciproca independencia, não obstante os contrapesos oppostos a cada um delles em garantia da liberdade — POMEROY'S, *Const. Law*, pag. 612.

O simples pronunciamento da Camara dos Deputados não póde, theoricamente, constituir motivo para arredar de suas funcções o Chefe do Poder Executivo, cujos poderes, emanados da mesma fonte, de que o Congresso haure os seus, ficariam expostos ao ludibrio das machinações alvitradas pela sanha ou pelo interesse accasional dos partidos e executadas com grave detrimento da ordem Constitucional — VON HOLST, *Const. Law*, pag. 163, § 46.

De todos os dispositivos constitucionaes concernentes ao *Impeachment*, nenhum tem levantado na America do Norte tantas questões como o que se refere á penalidade, e destas apenas se acha resolvida por texto expresso de lei nossa, a que mais facil solução encontrava nos principios geraes do direito.

Alludimos á questão de saber si a pena de destituição do cargo póde ser applicada só, ou se forçosamente deve ser acompanhada da de interdicção para o exercicio de outras funcções publicas, como opinavam alguns, não obstante o precedente firmado pela jurisprudencia americana no julgamento de *John Pikering*, que foi destituido, sem ser declarado incapaz para exercer outro cargo — VON HOLST, *Const. Law*, pag. 162, n. 46.

O art. 2º da lei n. 30, de 8 de janeiro de 1892, positivamente dispõe que « os crimes de responsabilidade do Presidente da Republica serão punidos com a *perda do cargo sómente*, ou *com esta pena e a incapacidade para exercer qualquer outro*, esclarecendo assim o texto constitucional, que, entretanto, só por uma interpretação draconiana podia ser entendido de outro modo, pois é evidente que nem todos os abusos que o Presidente da Republica póde commetter são de ordem a determinar, com justiça, uma declaração de incapacidade politica.

Outra questão que tambem se levantou nos Estados Unidos é a de saber se o Senado, em vez da pena de destituição do Cargo, póde infligir pena mais branda, como, por exemplo, a de suspensão, e sobre ella pronuncia-se *Von Holst*, dizendo que a solução affirmativa é contraria á indole e intuitos do *Impeachment*, e accrescentando, que provavelmente o Senado nunca a approvará — *Const. Law*, pag. 162, § 46.

Entretanto, nem os termos da Constituição Americana *(not extend further than removal from office)* nem os da nossa *(não poderá impor outras* PENAS MAIS do que a perda do cargo) repellem de modo inequivoco a opinião contraria, e uma interpretação benigna, como é de regra em materia penal, em vez de tomar as palavras outras *penas mais* como limitativas das duas expressamente consignadas, poderia, sem fazer violencia aos textos, entendel-as no sentido de vedar ao Senado a imposição de penas mais severas, como por exemplo, a de banimento ou prisão.

Porque pois repellir *in limine* a idéa de poder o Senado impôr pena mais branda do que a de destituição do cargo?

A razão está implicitamente contida nas palavras do citado escriptor, que traduzem em synthese os elementos essenciaes para a solução desta e de outras questões relativas ao assumpto, carecendo apenas de ligeira explanação para completa intelligencia de seu verdadeiro alcance.

Com este intuito, faremos sentir que o *impeachment* é uma instituição de direito constitucional, e não de direito penal, sendo-lhe portanto inapplicavel o principio, por este estabelecido, da graduação da pena pela gravidade do delicto. Ao conjuncto de providencias e meios elucidativos, que o constituem, dá-se o nome

de *processo*, porque é o termo generico com que se designam os actos de accusação, defesa e julgamento; mas, é um processo *sui generis*, que não se confunde com o processo judiciario, porque deriva de outros fundamentos e visa fins muito diversos.

Se algumas de suas formulas são semelhantes, se ambos terminam por um julgamento que se resolve em sentença, condemnando ou absolvendo, nem por isso deixa elle de ter o caracter de um facto essencialmente politico, e não se lhe póde attribuir outro sem dar-se fóros de doutrina a uma concepção incongruente com o progresso da sciencia politica dos tempos modernos e com a structura geral dos systemas de governo electivo, em que todos os poderes são conferidos por delegação popular e distinguem-se pela natureza de suas funcções proprias.

A segurança com que se póde emittir esta proposição basea-se na lição dos publicistas mais autorisados, entre os quaes *Story* que diz: « o processo de accusação é de natureza politica; elle não foi imaginado para punir o culpado, mas para garantir a sociedade contra a malversação do funccionario, e não affecta nem a pessoa nem os bens delle, mas sómente a sua capacidade politica — *Com.* n. 46.

The nature of this punishament is political only, diz *Campbell Blak*, e sustentando a mesma doutrina enuncia-se *Von Holst* dizendo que o fim do *Impeachment* não é a punição do culpado, mas a protecção dos interesses publicos contra o perigo ou o mal resultante do abuso do poder official, negligencia do dever, ou conducta incompativel com a dignidade do cargo — *Const. Law*, pag. 162.

Destes principios não ha consequencia logica a deduzir senão que os intuitos constitucionaes do *Impeachment* consistem principalmente na salvaguarda dos interesses publicos contra os abusos do poder, e para isso basta a destituição do cargo, facto que é commum no curso ordinario da administração, e por isso tem antes o caracter de uma providencia politica legitimamente utilisavel pela promptidão e efficacia de seus effeitos, do que o de pena, na accepção juridica desta palavra.

Addicionar a pena de destituição á de interdicção é, portanto, ao menos theoricamente, invadir o dominio da justiça ordinaria, e se a Constituição ad-

mitte uma tal anomalia, o Senado constituido em Tribunal de Justiça, ponderando bem a magnitude das funcções que é chamado a exercer, e a natureza dos poderes que lhe são proprios, não deve pratical-a.

Dir-se-ha que os abusos commettidos pelo Presidente da Republica podem ser taes, que convenha desde logo declaral-o interdicto politicamente, afim de evitar-se por uma vez os effeitos de sua influencia malefica nos destinos da nação, mas esse resultado assegura-se por outras garantias, a da opinião publica, vedando-lhe o accesso a cargos electivos, e a responsabilidade do novo Presidente não lhe confiando cargos de nomeação.

Outra consequencia que decorre tambem da doutrina ensinada pelos escriptores em cuja autoridade nos baseamos, é que não deve responder a *Impeachment* o Presidente que renuncia o cargo, e a razão é evidente; cessa por esse facto o perigo dos abusos que podia commetter, e se commetteu crimes quando exercia o poder, ahi estão para punil-o os tribunaes ordinarios, de cuja jurisdicção não lhe é licito declinar, allegando uma qualidade de que voluntariamente se despojou.

A objecção fundada em que esta doutrina attribue ao culpado o direito de burlar em parte a acção da lei, subtrahindo-se a uma das penas de que se tornou passivel, não é procedente, porque o *Impeachment*, como já ficou dito, não tem por objecto a punição do culpado, e só por uma impropriedade de termos autorisada pelo uso se denomina pena o resultado da decisão do Senado, que é antes uma providencia de ordem politica.

Tão pouco se póde argumentar com o precedente americano, verificado na accusação do Ministro da Guerra *Belknap*, porque um caso unico não constitue jurisprudencia, e quando esta se achasse firmada por outros julgamentos, não podia prevalecer em face de nossa Constituição, e sobretudo, do art. 3º da lei de 7 de janeiro de 1892, que só autorisam o processo do *Impeachment* contra o Presidente da Republica, entidade que o accusado deixa de representar desde que o acto da renuncia se torna effectivo.

Baseado nos principios que dominam as diversas considerações expostas, submettemos ao juizo do Con-

gresso Juridico Americano como conclusões do presente parecer:

1.º Que o *Impeachment* do Presidente da Republica é uma simples medida politica;

2.º Que o Senado, no caso de sentença condemnatoria, deve limitar-se a impor como pena a destituição do culpado;

3.º Que não póde ser submettido a *Impeachment* o Presidente que renuncia o cargo.

Rio, 30 de abril de 1900.

GABRIEL LUIZ FERREIRA.

DIREITO PUBLICO

These VI

DISSERTAÇÃO APRESENTADA

PELO

Dr. Didimo Agapito da Veiga

(RELATOR)

Presidente do Tribunal de Contas

DIREITO PUBLICO

THESE VI

Póde uma lei ordinaria federal vedar aos Estados e Municipios a emissão de titulos ao portador, quando estes titulos representem obrigações, verdadeiras ou simuladas, de exiguo valor pecuniario, e sirvam para exercer a funcção de moeda liberatoria divisionaria?

A relevancia da these resalta da applicação da theoria dos *poderes* e *direitos* implicitos da União e dos Estados e da collisão dos mesmos, desde que se pretenda *coarctar* ou *limitar* a faculdade, que teem os Estados, decorrente do art. 65 da Constituição de 24 de fevereiro, de emittir titulos de credito, nominaes e ao portador, e do direito que assiste á União por força do art. 34, ns. 6, 7, 33 e 34 da mesma Constituição, de determinar o padrão monetario e regular a circulação da moeda, de modo a garantir e assegurar a unidade do seu regimen e a estabilidade das suas qualidades essenciaes.

Estabelecer que os direitos dos Estados não são affectados, ainda mantida e reconhecida entre nós a doutrina consagrada nos arts. 117 da Constituição Mexicana, 104 da Argentina, e na EMENDA 2ª á Constituição Americana, de 1897, que todos os poderes conferidos á União concentram-se e encabeçam-se nos Estados, imprimindo esta amplitude ao dispositivo n. 2, do art. 65 da Constituição de 24 de fevereiro, e por outro lado, deixar respeitados os poderes implicitos conferidos á União, em materia de emissão de moeda de qualquer especie, nos ns. 33 e 34 do art. 34 da mesma Constituição, importará resolver o ponto capital da duvida.

Methodisando o exame dos postulados parciaes, em que se desdobra o postulado geral da these em questão, estabelecemos as seguintes proposições, que, em seu estudo, proporcionarão os elementos necessarios para concluir-se, no sentido de uma asserção positiva á interrogação da these formulada.

A emissão de papel, sob qualquer modalidade formal, desde que seja titulo ao portador, habil para circular como moeda, isto é:

a) Ao qual se imprima poder de acquisição ou compra;

b) se dê força liberatoria ou de pagamento;

c) e constitua instrumento de medida de valores:

E' da exclusiva competencia da União, ainda quando tal papel seja destinado a preencher funcções de *moeda divisionaria*.

Muito intencionalmente accentuámos os elementos constitutivos da moeda, que devem revestir os titulos ao portador, emittidos pelos Estados e pelos Municipios, para que possam elles ser considerados infractores do preceito constitucional, que confere á União o poder de determinar o peso, o valor a inscripção, o typo e a denominação das moedas.

E' preciso que os titulos ao portador sejam effectivamente papel-moeda, para que a União possa reprimir e prohibir a emissão feita pelos Estados.

Estes teem ampla faculdade de emittil-os desde que guardem o typo de titulos de credito, tendo a sua circulação dependente exclusivamente de sua cotação.

Estão fóra do alcance da acção da União os titulos emittidos para o lançamento de operações de credito que os Estados realizem; a sua esphera de acção é ampla em taes casos.

O n. 7 do art. 34 da Constituição de 1891 resolveu, com um preceito de bem inspirada generalisação, as difficuldades que haviam surgido por occasião de discutir-se a Constituição Americana, e que levaram os legisladores constituintes daquelle paiz a estabelecer no dispositivo constitucional a prohibição de emittirem os Estados *titulos de credito* — *emit bills of credit* — sem, no entanto, tornar preciso, no preceito da Constituição, que a prohibição affectava unicamente os que devessem circular como moeda.

Se tal prohibição póde-se ter por implicitamente feita, desde que veda tal disposição que os Estados possam cunhar dinheiro — *co'nmoney* — e fazer de outra cousa, que não seja a moeda de ouro e prata, instrumento liberatorio de dividas — make anything but gold an silver coin tender in payment of debits; — todavia, é á interpretação dada pelos constitucio-

nalistas americanos que se deve, principalmente, a restricção, que não está na lettra do texto constitucional, mas, que elles deduzem dos elementos de formação deste.

Da discussão occorrida na sessão de 16 de agosto de 1797, da Convenção de Philadelphia, vê-se que Madison julgou necessario, apenas, prohibir a emissão de titulos — *making them a tender*, — o que tornaria impraticavel a emissão de *bills of credit* com fins illegaes — *unjust views*.

Mason propoz que se tornasse expressa a prohibição — para que o Congresso a pudesse fazer effectiva, porquanto, os Estados estiveram na posse da faculdade de emittir papel-moeda durante todo o periodo anterior a 1781, e si se lhes tivesse retirado essa faculdade a guerra da independencia não poderia ter sido levada a termo. (Thayer — Cases of constitucional law, vol. 2º, pags. 2197 a 2198.)

Os constitucionalistas americanos entenderam a expressão *bills of credit* como alcançando unicamente, no texto prohibitivo de emissão, os titulos lançados á circulação, como moeda.

« Para constituir titulo de credito *(bill of credit)*, na expressão constitucional, diz Cooley (Constitucional Limitations), edic. de 1890, pag. 23, nota 1ª, e (*The General principles of Constitutional Law*) pag. 84, faz-se necessario que seja emittido por um Estado, envolva a fé do Estado, e que seja designado para circular como moeda sob o credito do mesmo Estado, nos usos ordinarios dos negocios.»

E' o sentir de Kent, Commentaries on american Law, vol. 1º, leitura 19, n. 1) e de Pomeroy (Constitutional Law, §§ 318 e 319).

Ordronaux (Constitutional legislation, edic. de 1891, pags. 274 a 275), dando como razão da disposição constitucional o descredito em que havia cahido em todos os Estados o papel emittido para sustentar a guerra da revolução, accrescenta que «sob a denominação de *bills of credit* era emittido, para supprir a falta de metaes preciosos, papel destinado a circular entre os individuos, entre estes e o Governo, com os fins ordinarios da sociedade». « They were, dizia Webster, a paper currency issued in various forms by the State Governments during the revolution and under the confederation. They pledged

the credit of the State and were intended to circulate from hand to hand.»

As opiniões de Hare (American Constitutional Law, vol. 2º, leitura 57, pags. 1232 e seguintes) e de Walker (Introduction to American Law, edic. de 1895, pag. 155, § 56) são confirmativas das anteriores.

Este ultimo constitucionalista estabelece como consectario da prohibição constitucional a faculdade prohibitiva da União para impedir a pratica do acto invasor, por parte dos Estados.

Pomeroy, depois de affirmar o principio de não comportar duvida a faculdade que teem os Estados de contrahir emprestimos, accrescenta que lhes é prohibido... to emit their treasury notes or others evidences of indebtedness designed to circulate as money; nor may they affix the legal attender attribute to their obligations of any form, or to the obligations of banks or private individuals.

Referindo-se ao sentido dado pela Supreme Court ás expressões *bills of credit*, usadas pela Constituição, accrescenta Pomeroy:

« Bills of credit plainly do not include all written contracts by which a State binds itself to pay money at a future day in consideration of services rendered or loons made. Should this broad signification be given to the term, the States would pratically be deprived of the ability to borrow money. Certificates of public stock, and public lands, do not, therefore, fall under the prohibition.

Bills of credit are written evidences of debit payable at a future day, issued and intended to circulate as money.» (Intr. of the const. law, pagns. 318 e 320.)

Invocamos a autoridade da Constituição Americana e dos seus interpretes mais autorisados, para deixar bem estabelecido que perante o direito constitucional dos Estados Unidos da America do Norte, havido com justa razão como principal fonte do nosso, aos Estados é defesa a emissão do papel-moeda, ainda quando este toma a modalidade de *titulos de credito*, desde que taes titulos circulam com os caracteres e as funcções de moeda.

O nosso legislador constitucional de 1891, mais coherente do que o americano, levou a cautela na

defesa da faculdade privativa de emissão outorgada á União, ao ponto de prohibil-a aos Estados, quando indirectamente exercitada por meio de bancos emissores.

O n. 8 do art. 34, ao mesmo tempo que liquida um ponto de controversia no constitucionalismo americano, onde, si autoridades como as de Story, de Marshall e de Webster comprehendiam na prohibição constitucional a de bancos de emissão, exemplo o julgado da Supreme Court, referido por Pomeroy, outras do valor da de Hamilton, que foi o primeiro secretario do Thesouro, e da de Kent, entendiam restricta a applicação do preceito ás emissões directas dos Estados.

Na sua generalidade a disposição do n. 7 do art. 34 comprehende a emissão do papel-moeda, sob qualquer fórma ou modalidade, por mais dissimulada que seja.

Diante do postulado proposto ao exame do Congresso Juridico, a cousa unica a consultar é: si desde que ao titulo ao portador, ainda correspondendo a uma operação real e effectiva, for dado por um Estado o caracter de moeda, póde a União prohibir a sua emissão.

A condição substancial, dissemol-o, é que o titulo offereça os requisitos da moeda e como tal seja posto em circulação.

Ora, os attributos essenciaes do papel utilisado como moeda, e que constituem seus caracteristicos differenciaes dos demais titulos de credito ao portador, são os que Nasse enumera, quando define a moeda — um objecto que possue valor de troca, que é universalmente procurado como tal, que preenche as funcções quer de medida de valor, quer de instrumento de permuta, de meio de pagamento e de accumulação de valor. (E. Nasse, a moeda, Manual de Economia Politica, Schönberg, trad. italiana de Ludovico Eusebio, vol. 1º, pag. 349.)

Si os titulos ao portador, emittidos pelos Estados, forem destinados a qualquer das funcções enumeradas por Nasse, são moeda e como tal não podem ser emittidos.

Não altera este conceito o facto de ser a moeda de exiguo valor e empregada, por esta circumstancia, como moeda divisionaria.

Esta preenche os fins economicos da moeda em geral, e o facto de fazel-o em escala mais restricta não altera a substancia do titulo emittido e, conseguintemente, não deixa de ser um elemento perturbador da unidade do systema monetario, que, si não se prende, como affirmou em absoluto o Sr. Dr. Amphilophio Botelho, à unidade politica da Nação, é uma condição essencial de todas as vantagens decorrentes da homogeneidade na estructura economica e financeira de um paiz, da qual póde depender a maior expansão de seu credito.

A moeda divisionaria é sempre uma moeda de credito, ainda nos paizes de circulação metallica; a sua funcção é acudir, como moeda de troco e de exiguo valor, aos pagamentos inferiores ao valor circulante das moedas de ouro e prata.

Como elemento do que se denomina *curso forçado composito*, as moedas divisionarias, ainda quando metallicas, como as de nickel mandadas cunhar pela lei n. 1817, de setembro de 1870 e reguladas em seu valor, cunhagem e circulação forçada nos arts. 6º e 9º do decreto n. 4822, de 18 de novembro de 1871, teem como condições essenciaes:

(a) valor metallico inferior ao valor legal;

(b) curso forçado apenas, até quantias pequenas.

Sem a primeira condição ellas seriam fundidas, para serem utilisadas como metal (Stanley Jevons. La Monnaie, pag. 85). Sem a segunda ella, como moeda de inferior qualidade, expellirá do mercado a melhor, pela acção que constitue a formula da lei de Gresham, que Nasse (Man. de Econ. Polit. de Schönberg, vol. 1º, pag. 378, da traducção de Ludovico Eusebio) descreve em seu mecanismo funccional, com grande precisão.

A nossa legislação, que dá o peso de 15 grammas ás moedas de 200 réis nickel e 10 grammas ás de 100, estabeleceu como proporção de estructura metallica a de 25 partes de nickel e 75 de cobre, como tolerancia 2 °/o para mais ou para menos, e 1/100 na composição da liga, o que lhes dá um valor real bem inferior ao do curso.

Si nos regimens de circulação metallica as emissões excessivas de moeda divisionaria acarretaram a desordem e a perturbação nos systemas monetarios dos Estados modernos (E. Nasse, obr. cit., pag. 379),

a que perigos não expõe a circulação fiduciaria, nos paizes de papel inconvertivel, a introducção de grandes massas de moeda divisionaria, constituida por papel, tambem inconvertivel, no seu apparelho circulatorio?

A União não sómente *póde*, mas *deve* defender o seu meio circulante, contra esse factor de depreciação, que intervem em contraposição ao direito estabelecido, e violando o conceito constitucional da competencia da União, como mais um elemento dissolvente do credito nacional.

Si não ha como deixar de reconhecer na União a faculdade de vedar que os Estados, falseando a funcção economica dos titulos de credito ao portador, deem-lhes os attributos de moeda divisionaria; nem por isso deve-se julgar outorgado á União o poder de embaraçar os recursos dos Estados, o credito publico, vedando-lhes a emissão de titulos de emprestimo, sob a fórma de apolices ao portador, sómente porque taes titulos pódem ser aceitos em pagamento, ou admittidos em transacções particulares e por accordo das partes, como tendo força liberatoria de obrigações.

Existe um criterio differencial dos titulos de credito para com a moeda fiduciaria — qualquer que seja a modalidade e forma que esta revista.

Os primeiros teem na sua potencia funccional, como mediador de acção e de força, o valor de cotação, que é a revelação do poder creditorio expressado no valor nominal ou de emissão; a segunda só póde ser considerada tal quando tem curso forçado e a inconversibilidade.

Theoricamente, não são taes condições caracteres differenciaes da moeda divisionaria.

A convenção monetaria de Vienna estabeleceu, que todos os Estados eram obrigados a converter em moeda corrente a divisionaria de prata, quando fosse apresentada ao troco, até á quantia de 20 thalers, e a moeda divisionaria de cobre, até á quantia de 5 thalers.

A lei monetaria do Imperio Allemão, de 9 de julho de 1873, regula o modo dessa conversão e as estações fiscaes em que o troco póde ter logar.

O curso forçado é limitado, em regra, na moeda divisionaria.

A de nickel é mesmo, entre nós, obrigatoria, como moeda de pagamento, até á quantia de um mil réis (art. 9º do decreto n. 4.822, de 18 de novembro de 1871).

O nosso regimen de papel circulante tem, porém, como assento a inconversibilidade de facto e como agente impulsivo circulatorio o curso forçado.

Estes dous caracteres estabelecem entre nós o criterio differencial entre o papel-moeda e os outros titulos ao portador.

Quando os Estados emittirem titulos de credito ao portador e os derem imperativamente em pagamento, imprimindo-lhes força de moeda liberatoria com aceitação obrigada, e não resgatal-os, trocando-os por moeda circulante da Republica, taes titulos constituem papel-moeda e a sua circulação póde ser vedada pela União.

II

A faculdade da emissão sendo privativa da União, assiste a esta o direito de prohibir aos Estados o exercicio della, como consectario da soberania nacional, da qual tem a União a investidura.

A faculdade de prohibir aos Estados a emissão de moeda fiduciaria, ainda sob o typo de especie divisionaria, promana para a União da soberania de que a Constituição de 24 de fevereiro deu-lhe a investidura em mais de um texto.

Mais do que qualquer consideração correlata ao principio da unidade nacional, deve esta consideração prevalecer, para determinar a competencia da União na regulamentação do regimen monetario e do seu apparelho circulatorio e, conseguintemente, reprimir a intervenção perturbadora dos Estados, quando ella se manifestar por meio da emissão prohibida.

O principio que confere á União a soberania, e que representava na Convenção Americana reunida em Philadelphia, em 14 de maio de 1787, a corrente contraria á dos que se constituiram propagadores dos direitos dos Estados (State-rights) ficou afinal restabelecido e aceito no mecanismo constitucional americano, como sendo o inherente ao regimen federativo.

« ... We may say that in the America of to day-there exists a general agreement. That every State on

entering the Union finally renounced its sovereignty, and is now for ever subject to the Federal authority as defined by Constitution... » (Brice, The American Commonwealth, vol. 2º pag. 313, ediç. de 1898.)

Era o conceito emittido por King na Convenção, quando declarara que os Estados não eram soberanos no sentido estabelecido por alguns:

« They did not possess the peculiar features of sovereignty, dizia elle, they could note make war, nor peace, nor alliance, nor treaties. » (Hare's, American constitutional law, vol. I, pag. 52.)

A União, bem longe de ser, nas federações uma entidade artificial, como diz Bryce (an artificial creation), é antes uma entidade real que representa a nação, isto é, a unificação dos poderes soberanos, que são delegação, não dos Estados, mas do povo, organizado politicamente.

A theoria de Brice (vol. 1º pag. 314), é a que prevaleceu no constitucionalismo americano.

A grande controversia sobre a dualidade da soberania, que se encontra ainda animada nos constitucionalistas de maior nomeada, sendo alguns da autoridade de Cooley (Constitutional Limitations, pag. 4) e de Sutherland (On Statutory Constitution, n. 21), de opinião que a soberania existe localisada tanto na União como nos Estados, está de facto morta, não sómente porque a maioria dos constitucionalistas inclina-se á opinião sustentada na Convenção por King, como porque a theoria de John Calhaum, teve, no desenlace da guerra de 1861 a 1865, a sua condemnação, com a derrota dos sulistas, que pugnavam pela soberania dos Estados.

Ordronaux (Constitutional legislation of the United States), um dos mais modernos constitucionalistas, pois, a 1ª edição do seu livro é de 1891, depois de declarar que os Estados da União Americana, como membros do corpo da federação, não tem soberania em relação ás nações, por pertencer esta soberania ao Governo Federal — the States of the American Union as members of a federal body, have no external sovereignty, that power residing in the federal government alone » — e de reconhecer que em relação uns para com os outros, dentro da União, são soberanos, e o são igualmente em relação aos seus proprios cidadãos, quanto aos poderes não delegados á União pela Consti-

tuição, ou não vedados aos Estados; assim apresenta a razão do preceito que foi por nossa Constituinte transplantado da emenda 10ª á Constituição dos Estados Unidos da America do Norte, para o art. 65, § 2º da Constituição de 1891, e parece a alguns offerecer o assento da soberania nos Estados, que são depositarios ou detentores de todas as faculdades não delegadas.

A Constituição formulada pela Convenção em 1787, continúa elle, não fez dos Estados-Unidos *a union of sovereign independent States* — mas sim = *a union of the people of the United States*.

Durante a existencia da Confederação, accrescenta elle, eramos apenas a congregação de communidades politicas designadas sob o nome de Estados, constituindo méra liga de facto, e externa em seguida estes conceitos:

« On Whatever side examined as a question of polity, this independence of the States under the claim of sovereignty, was seen to be a *hindrance generai well being of the Union and a menace to its perpetuity*. The great aim of the convention called to frame the constitution was therefore, *to reorganize the governement upon the basis of the people as the origin of all Federal sovereignty* RATHER THAN UPON THAT OF THE STATES. »

Eis, finalmente, o seu conceito sobre a supposta origem da soberania dos Estados na Convenção:

« The fallacy of assuming that absolute State sovereignty existed *ab initio*, because of the league formed between the individual colonies, needed no argument to refute it. For at the outsides, none of the original thirteen States over undertook to enter by treaty into any alliance with foreign nation, or claimed any international recognition whatever; and none undertook to wage war singly in behalf of its own independence.

Each colony felt its individual weackness and the identity of interest which linked its fate to that of every other »... « when, says chief Justice Marshall, these allied sovereigns converted their Congress of ambassadors deputed to deliberate on their common concern, and to recommend measures of general utility into a legislature empowered to enact laws on the most interesting subjects, the whole caracter in which the States appear *underwent* a change, the

extent of which must be determined by a fair consideration of the instrument by which that change was effected. »

To have subsequently admitted State sovereignty as an unqualified indefeasible right would have been tantamount to placing the State above the nation, or making the part greater than the whole. »

(Constitutional legislatian in the United States, pags. 114, 149 e 151.)

A Constituição Mexicana confere por texto expresso (art. 41) a soberania aos Estados ; mas, como o faz em que termos ?

« O povo, diz o texto, exercita sua soberania pelo orgão dos poderes da União nas materias que dependem de sua competencia, e dos poderes dos Estados em tudo quanto entende com o Governo interior destes ultimos, nos limites fixados respectivamente pela presente Constituição Federal e pelas Constituições par ticulares dos Estados, *os quaes não poderão, em caso algum, contravir as disposições do pacto federal.*

A Constituição de 24 de fevereiro resolveu a controversia investindo a União da soberania, desde que declarou que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciario federaes são orgãos da soberania nacional (art. 15), conferiu ao Poder Judiciario federal competencia para decidir os casos e conflictos entre os Estados, os dos juizes e tribunaes de um Estado com os de outros, e os litigios entre os cidadãos de um Estado com outro Estado ou com os cidadãos de outro Estado (art. 58, lettras *c* e *e*, e 60 lettra *d*), e tornou a União juiz da conformidade das Constituições dos Estados com os principios fundamentaes do regimen federativo estabelecido na Constituição Federal.

Prevaleceu a corrente adversa aos propugnadores, na nossa Constituinte, da theoria dos sustentadores, na grande Republica da America do Norte —dos *State-Rights*.

A doutrina sustentada pelos Srs. José Hygino, Amphilophio e outros muitos, na Constituinte, prevaleceu nos textos constitucionaes, que a consagraram, e corre hoje nos livros de doutrina como lição de constitucionalismo nacional. (Amaro Cavalcanti, Regimen Federativo, n. 8.)

III

Em face do disposto no n. 33 do art. 34 da Constituição de 24 de fevereiro, a lei ordinaria é o meio de que o acto fundamental da Republica proveu a União para levar a effeito a defesa de sua competencia privativa de emittir papel circulante como moeda e impedir qualquer acção invasora dos Estados.

Estabelecida a competencia da União, nos termos da Constituição (n. 7 do art. 34), firmada a incompetencia dos Estados para tal fim, por tratar-se de faculdade conferida na mesma Constituição (art. 65 § 2º); é consectario obrigado que nos poderes conferidos á União, nos ns. 33 e 34 da Constituição de 24 de fevereiro, deve comprehender-se a faculdade de decretar leis que prohibam e impeçam a circulação dos titulos de credito ao portador, que os Estados emittirem, desde que taes titulos venham desempenhar a funcção de moeda divisionaria.

E' a theoria dos poderes implicitos, que tanta controversia suscitou entre os constitucionalistas americanos, e que um caso de applicação reduziu aos termos da mais rigorosa simplificação.

IV

Concluimos do exposto que: Póde uma lei ordinaria federal vedar aos Estados e Municipios a emissão de titulos ao portador, quando estes titulos, ainda representando obrigações, verdadeiras ou simuladas, de exiguo valor pecuniario, sirvam para exercer, no seu mecanismo circulatorio, a funcção de moeda liberatoria divisionaria.

Didimo Agapito da Veiga.

DIREITO PUBLICO

These VII

DISSERTAÇÃO APRESENTADA

PELO

Dr. Carlos Leoncio de Carvalho

(RELATOR)

Representante da Faculdade de Direito de S. Paulo

DIREITO PUBLICO

THESE VII

Os Estados Federados e seus Municipios podem contrahir emprestimos em paiz estrangeiro sem autorisação do Governo Nacional?

Admittida esta faculdade, independe tambem de autorisação do Governo Nacional a convenção ou clausula que garantir taes emprestimos com o producto de uma parte determinada das rendas publicas locaes, ou de bens do dominio privado do Estado ou Municipio devedor?

Manifestada a insolvencia do Estado ou Municipio devedor, tendo sido o emprestimo contrahido sem a garantia ou autorisação do Governo Nacional, que direitos poderão ter contra estes os credores prejudicados?

No caso de ter sido o emprestimo contrahido com autorisação daquelle Governo, qual é a sua responsabilidade e qual a sancção positiva e pratica para o cumprimento das obrigações decorrentes do contracto?

Para estudar as questões, de cujo relatorio encarregou-me o illustrado Congresso Juridico, devo syntheticamente expor os principios fundamentaes da federação, appliando-os, em seguida, á hypothese de que se trata.

Em uma federação digna desse nome é mister:

Organisar a fórma federativa de modo que os Estados, em vez de constituirem nacionalidades distinctas, sejam Estados unidos e, sem prejuizo das suas liberdades internas, reconheçam a soberania da União Federal (Preambulo da Constituição Americana de 1787 redigido de accordo com as idéas de Franklin e Washington).

Declarar especificadamente quaes os assumptos de interesse geral, afim de que, excluidos estes, sobre todos os mais resolvam definitivamente os poderes estadoaes (Constituição Americana, secções 8ª, 9ª e 10ª do art. 1º);

Mencionar tambem especificadamente no pacto federal os principios fundamentaes da organisação so-

cial e politica que devem ser respeitados pelas Constituições dos Estados (additamento á Constituição Americana redigido de accordo com as idéas de Jefferson):

Deixar a cada um dos Estados o direito de, respeitando os limites marcados pelo pacto federal, constituir livremente seus poderes e de, por meio delles, promulgar e fazer cumprir leis apropriadas aos seus interesses moraes e economicos (Constituição Americana, secção 4ª do art. 3º);

Permittir que os Estados organisem, por meio de suas Assembléas Legislativas, Camaras Municipaes, que, segundo aconselham Pascaud e Florens, adaptem-se ás differentes circumtancias dos municipios agricolas e industriaes;

Assegurar aos Estados recursos necessarios á execução dos serviços descentralisados, devendo para isso classificar-se os impostos em geraes, estadoaes e municipaes (Constituição Americana, citadas secções do art. 1º).

São estes os principios em que assenta a Federação Norte-Americana e que fizeram dessa grande Republica a mais poderosa e respeitada potencia do mundo, assegurando ao povo todos os direitos e liberdades e desenvolvendo as industrias, ao ponto de produzirem crises de abundancia e riqueza, como apprehensivamente dizia Cleveland numa de suas mensagens ao Congresso.

Sobre identicas bases apoia-se a Federação Suissa, em cujo seio realizam-se, com feliz exito, as duas mais bellas e sympathicas instituições democraticas: suffragio universal e plebiscito.

Os mesmos principios, ainda sob o regimen da Monarchia, eu já ensinava a meus discipulos na Faculdade de Direito de S. Paulo e aconselhva a meus concidadãos na imprensa, no Parlamento, em varios Congressos politicos, declarando francamente que, si a Corôa pretendesse hostilisal-os, não duvidaria votar pela mudança de fórma de Governo e concorrendo para que o partido liberal paulista, em 1888, approvasse, em numerosa e solemne assembléa, a seguinte moção:

«O povo brasileiro, no intuito de firmar a sua união e promover a sua prosperidade, formará uma Confederação modelada pela dos Estados Unidos com as seguintes restricções:

1.ª O chefe do Poder Executivo Federal continuará a ser o Imperador, que o exercerá por meio de Mi-

nistros responsaveis, de accordo com o regimen parlamentar;

2.ª Os Presidentes e Vice-Presidentes das provincias confederadas serão eleitos pelas mesmas provincias e por fórma que melhor se harmonise com o systema monarchico. »

Proclamada a Republica, seus organisadores, inspirando-se em bons conselhos, modelaram a Constituição dos Estados Unidos da America do Sul pela dos Estados Unidos da America do Norte.

Fiel, pois, aos principios, que já sustentava, nos tempos do Imperio e vejo hoje adoptados pela Constituição Federal, repellirei, sempre, quaesquer tentativas de suppressão ou mystificação da autonomia dos Estados.

Por esse motivo, embora muito considere o illustre e sabio Congresso Juridico Americano, neguei meu voto á resolução com que pretende elle cassar aos Estados o direito de organisar, dentro dos limites traçados pela Constituição Federal, leis processuaes e magistratura adaptadas ás suas circumstancias.

Pelo mesmo motivo, apoiando-me tambem no espirito e lettra de nossa Constituição, proponho-me, neste relatorio, justificar:

1.º A competencia dos Estados e seus municipios para contrahirem emprestimos em paiz estrangeiro, sem autorisação do Governo Nacional.

2.º Incompetencia do Governo Nacional para conceder aquella autorisação, mesmo pedida pelos interessados.

I

Em diversos argumentos me firmo para sustentar que podem os Estados e seus municipios, sem dependencia do Governo Nacional, levantar emprestimos em paiz estrangeiro.

1º argumento — Diz a Constituição Brazileira nos arts. 63 e 65, § 2º:

« Cada Estado reger-se-ha pela Constituição e pelas leis que adoptar, respeitados os principios constitucionaes da União.

Compete aos Estados todo e qualquer poder, ou direito que lhes não for negado por clausula expressa

ou implicitamente contida nas clausulas expressas da Constituição.»

Em vista das citadas disposições, não havendo artigo algum que vede aos Estados e seus municipios o questionado direito, claro é que podem elles exercel-o.

2º argumento — Dispõe a mesma Constituição no art. 6º:

« O Governo Federal não poderá intervir em negocios peculiares aos Estados, salvo:

Para repellir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro;

Para manter a fórma republicana federativa;

Para restabelecer a ordem e a tranquillidade nos Estados, á requisição dos respectivos Governos;

Para assegurar a execução das leis e sentenças federaes.»

Ora, em nenhum dos referidos casos se acha incluida a hypothese em questão.

Ninguem, porém, contestará que seja negocio peculiar aos Estados o levantamento de emprestimo, em paiz estrangeiro, para serviços meramente estadoaes e sob garantia do producto de uma parte das rendas publicas locaes, ou dos bens do dominio privado do Estado devedor.

3º argumento — Diz a Constituição no art. 5º:

« Incumbe a cada Estado prover, a expensas proprias, as necessidades do seu Governo e administração; a União, porém, prestará soccorros ao Estado que em caso de calamidade publica os solicitar.»

Mas, para prover as necessidades de seu Governo e administração, precisa o Estado utilisar-se não só dos rendimentos e bens que possue, como tambem de operações de credito sobre aquelles rendimentos e bens.

Os serviços de viação, obras publicas, immigração, policia, instrucção publica, hygiene e outros imprescindiveis exigem grandes despezas, para as quaes podem não bastar os rendimentos estadoaes.

Nesta hypothese forçoso será recorrer aos emprestimos, que nem sempre encontram capitaes nacionaes e quasi sempre realizam-se em condições mais vantajosas em paiz estrangeiro.

Absurda e contradictoria seria, portanto, nossa Constituição, si, impondo a cada um dos Estados a

obrigação de, a expensas suas, prover os serviços que lhe são peculiares, negasse-lhe um dos recursos indispensaveis para o cumprimento daquella obrigação ou tornasse-o difficil e moroso pela impertinente e descabida tutela federal.

4º *argumento* — Si, obedecendo a um dos mais sabios preceitos da hermeneutica, observarmos as Constituições federaes, em que a nossa inspirou-se, encontraremos, em todas ellas, disposições que, sendo identicas ás dos citados artigos, servem de base incontestavel ao direito que se discute.

Diz a Constituição norte-americana na 10ª emenda:

« Os poderes que não são delegados aos Estados Unidos pela Constituição ou por ella recusados aos Estados, são reservados aos Estados respectivamente ou ao povo.»

E em nenhum artigo recusa aos Estados o direito de levantar emprestimo em paiz estrangeiro.

Declara a Constituição argentina no art. 104:

« As provincias conservam todos os poderes não delegados por esta Constituição ao Governo Federal e os que expressamente se tenham reservado por factos especiaes na epoca de sua incorporação.»

E em nenhum artigo negou ás provincias a faculdade de contrahir os referidos emprestimos.

Estatue a Constituição suissa no art. 3º:

« Os cantões são soberanos, sendo sua soberania limitada pela Constituição federal e como taes exercem todos os direitos que não são delegados ao poder federal. »

E em nenhum artigo delega ao poder federal o direito de tornar dependentes de seu beneplacito os mencionados emprestimos.

Nas duas ultimas Constituições notam-se menos artigos que, quasi expressamente, permittem os cantões e provincias contrahirem emprestimos em paiz estrangeiro, sem dependencia alguma do poder federal.

Diz a Constituição suissa no art. 9º:

« Os cantões conservam o direito de concluir com os Estados estrangeiros tratados sobre objectos concernentes á economia publica, relações de vizinhança e de policia; não obstante estes tratados nada devem conter em contrario á Confederação ou aos direitos dos outros cantões.»

A Constituição argentina, no art. 104, declara que as provincias podem promover sua industria, immigração, construcção de estradas de ferro e canaes navegaveis, colonisação das terras de propriedade provincial, a introducção e estabelecimento de novas industrias, a importação de capitaes estrangeiros e a exploração de seus rios, por leis protectoras e com seus recursos proprios.

Expostos os argumentos justificativos de minha opinião, cumpre-me agora refutar as duas seguintes objecções que, á primeira vista, parecem valiosas:

1.ª Dos emprestimos contrahidos em paiz estrangeiro facilmente resultam divergencias e conflictos internacionaes.

Póde, por exemplo, um Governo estrangeiro, em apoio de alguma reclamação, praticar para com o Estado ou municipio devedor violencias e usurpações, que necessariamente affectariam os brios nacionaes e a integridade da patria.

Não se deve permittir que os Estados e municipios exerçam, sem limites nem fiscalisação, attribuições cujas consequencias attingem os interesses federaes.

2.ª Para desempenharem-se de emprestimos externos superiores ás suas forças, podem os Estados ou municipios ver-se obrigados a decretar novos e pesados impostos, que cerceiem a propriedade e actividade individuaes e paralysem as industrias.

Ligeira reflexão é sufficiente para manifestar a improcedencia das mencionadas objecções.

Quanto á primeira direi:

Si um Governo estrangeiro, para conseguir o pagamento de um emprestimo, commetter violencias e usurpações contra o Estado ou municipio devedor, realisa-se o caso previsto no art. 6º § 1º da Constituição.

Deverá o Governo Nacional intervir para salvar o Estado ou o municipio da aggressão estrangeira.

Não é justo que, pela possibilidade de uma questão internacional, previamente se recuse aos Estados e municipios uma faculdade inherente á sua autonomia.

Quanto á segunda objecção, notarei que o apontado inconveniente póde resultar de qualquer emprestimo, externo ou interno, estadoal ou federal.

O meio de prevenil-o é addicionar á nossa Constituição as duas seguintes disposições:

Uma declarando, como faz a Constituição suissa, que, em caso algum, poderão ser tributados, com taxas elevadas, os objectos indispensaveis á vida e os necessarios para formação e desenvolvimento de industrias rendosas;

Outra determinando que os Governos estadoaes, do mesmo modo que o federal, não possam levantar emprestimo algum sem prévia autorisação dos respectivos Congressos.

Demonstrado, porém, que os Estados e seus municipios podem contrahir emprestimo em paiz estrangeiro sem autorisação do Governo Nacional, teem elles igualmente como consequencias logicas e necessarias daquella faculdade:

1.º O direito de garantir taes emprestimos com o producto de uma parte determinada de suas rendas e dos bens de seu dominio privado, pois que a lei, concedendo-lhe o fim, não podia negar-lhes os meios;

2.º Exclusiva responsabilidade pelos mesmos emprestimos, que nenhum direito dão aos credores contra a União.

II

Facil é justificar, com os citados arts. 5º e 6º, a segunda proposição de meu relatorio.

Em vista do art. 5º, não póde o Governo Nacional dispor das rendas da União em soccorro de um Estado, sinão quando este soffra uma calamidade publica, e nunca para auxilial-o em negocios de seu peculiar interesse.

Ora, segundo preceitua o direito, quem não póde dispor não póde hypothecar, nem afiançar.

E fiança deveria considerar-se a autorisação que, por acto voluntario, o Governo concedesse a um Estado ou municipio para contrahir emprestimo em paiz estrangeiro.

Manifestada a insolvencia do Estado ou municipio devedor, os respectivos credores, com juridico fundamento, teriam direito contra a União.

Dar-se-hia, pois, a grave injustiça de um Estado, por serviços de sua exclusiva utilidade, arrastar o

Governo Nacional a despezas e sacrificios que elle só deve fazer pelos interesses da União.

Finalmente, em nenhum dos casos, taxativamente enumerados pelo art. 6º, de intervenção federal nos negocios peculiares aos Estados, figuram os emprestimos que um Estado ou municipio queira contrahir, em paiz estrangeiro, para melhor aproveitar seus elementos de prosperidade.

Em relação aos mencionados emprestimos, tenho considerado iguaes os direitos dos Estados e seus municipios, em vista do art. 68 de nossa Constituição, que dispõe o seguinte:

« Os Estados organisar-se-hão de fórma que fique assegurada a autonomia dos municipios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse. »

III

CONCLUSÕES

De accordo com as idèas expendidas no relatorio, formulo, para servirem de base aos luminosos debates do Congresso Juridico, as seguintes conclusões:

1.ª

Os Estados federados e seus municipios podem contrahir emprestimo em paiz estrangeiro, sem autorisação do Governo Nacional.

2.ª

Independe tambem de autorisação do Governo Nacional a convenção ou clausula que garantir aquelles emprestimos com o producto de uma parte determinada das rendas publicas locaes, ou de bens do dominio privado do Estado ou do municipio devedor.

3.ª

Manifestada a insolvencia do Estado ou municipio devedor, só contra elle terão direito os credores prejudicados.

4.ª

A nenhum Estado ou municipio póde o Governo Nacional conceder autorisação para contrahir emprestimo em paiz estrangeiro, mesmo no caso de ser essa autorisação solicitada pelo interessado.

E' este meu parecer, que, escripto em curto espaço de tempo, terá muitos defeitos e lacunas, para os quaes rogo a benevolencia do illustre Congresso.

Capital Federal, 16 de maio de 1900.—

Leoncio de Carvalho.

DIREITO PUBLICO

These VIII

DISSERTAÇÃO APRESENTADA

PELO

Dr. Edmundo Muniz Barreto

(RELATOR)

Presidente do Tribunal Civil Criminal

DIREITO PUBLICO

THESE VIII

O principio absoluto da não extradicção do proprio subdito se compadece com a assistencia judiciaria entre as nações, e a boa administração da Justiça Penal?

1 — O Estado, por um dever inherente á sua soberania, é obrigado a restabelecer a ordem juridica violada, exercendo a acção repressiva contra quem quer que tenha praticado o acto lesivo. Onde se deu a infracção ahi se deve operar o restabelecimento da ordem. O *locus delicti* é a base da jurisdicção territorial.

Nacional ou estrangeiro, o autor do acto anti-juridico dá origem a uma relação directa entre elle e o Estado, a qual só póde terminar por um dos meios extinctivos do exercicio judiciario do direito de punir. Entre estes meios seria absurdo comprehender o limite traçado pelas fronteiras do territorio.

Só falsa ou estreita comprehensão dos altos interesses da justiça leva um Estado a contrariar as condições necessarias á efficacia do poder punitivo de outro, oppondo como barreira invencivel a linha divisoria da soberania. Acima das soberanias em que se divide o globo terrestre impera o *jus humanum*, com o fulgor solar de uma verdade immutavel.

Elle impõe a solidariedade dos povos para o triumpho completo da justiça universal. *Superiore a tutte le sovranità della terra é la sovranitá del diritto.* [1]

Os poderes sociaes só podem *se defender contra o crime organisando uma liga contra o criminoso*, e de forma tal que a *autoridade competente para o julgar* esteja certa de que o attingirá onde quer que elle se ache, não podendo o criminoso alimentar illu-

[1] Carrara, *Prog. Part., gen.*, § *1061*.

são ou esperança de obter a impunidade *ao pisar o solo estrangeiro*. [1]

2 — Bem longe vão os tempos em que a vingança e o rigor dos castigos legitimavam a instituição theocratica do direito de asylo, circumscripto em sua origem aos templos dos deuses e ampliado mais tarde a todos logares cuja violação era considerada como um sacrilegio. Ao lado do asylo religioso surgiu o internacional, assegurado aos fugitivos contra as justiças dos outros povos: *Liber erit qui solum Galli vice asyli contigerit*. Era uma exageração do respeito devido á independencia da patria.

Com a evolução do direito e a morte do dominio theologico dissipou-se a primeira instituição. Da segunda ainda perduram alguns effeitos, cujos fundamentos contravem aos principios cardeaes do instituto juridico da *extradicção*.

3 — A *extradicção* é a negação do direito de asylo e constitue uma das mais bellas conquistas do progresso na vida internacional.

« E' uma operação conforme a justiça e aos interesses do Estado, visto que tende a *prevenir e a reprimir efficazmente* as infracções á lei penal. »

Foi a formula approvada sob proposta de Renault, no *Instituto de Direito Internacional de Bruxellas* em 1880.

Deste conceito, verdadeiro em todos os seus termos e conforme ás idéas que temos enunciado, resulta que para resolver o problema da efficacia do poder punitivo do Estado, com relação aos delinquentes fugidos do territorio, não basta a alternativa tantas vezes repetida por Grotius — *aut dedere aut punire*. Só o primeiro alvitre se compadece com as necessidades da acção repressiva, porque só por meio delle se respeita a jurisdicção do *locus delicti* e os infractores são entregues aos seus *juizes naturaes*, certamente os mais idoneos para a exacta apreciação dos actos anti-juridicos e perfeita applicação da justiça.

4 — Ao principio internacional — que todos os delinquentes que se refugiam em territorio de um paiz

---

[1] F. Helie, cit. por Bernard, *Trait de l'extr.*, n. 2° p. 14 e 15.

podem ou devem ser extradictados, a jurisprudencia apresenta como excepção a *não extradicção do proprio subdito*, cuja origem historica encontramos no espirito bellicoso das raças primitivas.

E' um resquicio do direito de asylo internacional. Está expresso em quasi todas as legislações e escripto em quasi todos os tratados. Sustenta-a, principalmente, o preconceito oriundo da falsa comprehensão do sentimento de dignidade nacional.

« C'est a mon sens — dizia Julio Favre no parlamento francez — une preoccupation étroite, mesquine de nationalité, que de pretendre que l'extradition ne puisse pas se operer dans de telles circonstances. L'extradition, soyez-en bien surs, messieurs, elle será le dernier mot de cette lutte entre des principes contradictoires qui se sont longtemps combattus et qui finiront par s'entendre dans un sentiment commun de justice.»

Improfiqua foi a eloquencia do notavel publicista. Triumphou o nacionalismo sentimental de Parieu ; a logica foi vencida pelo prejuizo ; o *jus humanum* teve que succumbir á força do egoismo nativista ; a justiça foi sacrificada ao privilegio ; a lei sagrou a preeminencia do systema *pessoal*. « Ce serait une monstruosité — exclamava Parieu — q'un français rentré dans sa patrie, entouré de ses parents, de ses amis, placé sous la presomption d'innocence et aussi sans la protection de ses antécedents, pourrait être arraché aux juges qui le connaissent, sur une denonciation venue de l'etranger. »

O parlamento da França, em 1866, recuava à epocha anterior ao memoravel decreto que Napoleão I expediu no apogeu de sua gloria e na maior magestade de seu poder. O imperador dos francezes, rei da Italia, protector da Confederação do Rheno e mediador da Confederação Suissa, firmou no decreto de 23 de outubro de 1811 *a extradicção do proprio subdito*, dando como motivo culminante que « il est de notre justice de ne passaporter d'obstacle à la *punition d'un crime lors même qu'il ne blesse ni nous ni nos sujets*». Por força desta disposição foi concedida em 20 de dezembro de 1812 a extradicção de um francez accusado de bigamia e em 25 de fevereiro de 1813 a de um indiciado em crime de morte. E Luiz XVIII não duvidou respeitar lei napoleonica, concedendo em 1820 a extradicção de Jacques Machou, a quem se imputara um homicidio.

5 — A Inglaterra e os Estados Unidos da America do Norte seguiram o criterio adoptado por Napoleão na *remissio delinquentium*. Nem na lei ingleza de 9 de agosto de 1870, modificada em 1873, nem na lei norte-americana de 3 de março de 1869, encontra-se qualquer excepção para os nacionaes.

Entretanto — observa Bernard — [1] ninguem póde contestar que o povo inglez e o norte-americano possuem no mais alto gráo o sentimento de honra nacional e que jámais deixaram de concilial-o, quer nas relações mutuas, quer nas relações com os outros povos, com o dever imperioso que se impõe a uma nação poderosa de defender os principios da justiça e da humanidade. Longe de cederem ao sentimento exagerado da protecção que asseguram aos seus subditos, essas duas grandes nações sacrificaram seus antigos preconceitos ao *interesse commum que têm os povos civilisados na repressão dos crimes*, e seu sacrificio é tanto mais meritorio e deve ser para todos os povos um exemplo tanto mais instructivo quanto é certo que seus subditos têm mais a perder que todos os outros com a privação, perante a justiça, das numerosas garantias que lhes são outorgadas pelo liberalismo das suas instituições nacionaes.

Em 1878 a Inglaterra concluiu um tratado com a Hespanha, obrigando-se a entregar a esta qualquer pessoa que houvesse delinquido no territorio hespanhol e se refugiado no territorio inglez; e a Hespanha, abrindo excepção quanto aos seus nacionaes, accordou entretanto em punil-os pelos delictos por elles praticados na Inglaterra. Procuraram assim evitar a impunidade de seus subditos, ainda que por meios differentes: um de modo efficaz, adoptando o systema *territorial*; outro improficuamente, instituindo a competencia *pessoal*.

6 — Na Allemanha, segundo o art. 9º do Cod. Penal o nacional não póde ser entregue ao governo de um paiz estrangeiro afim de ser processado ou punido; mas o sabio Von Liszt, commentando aquelle artigo, não duvida asseverar que esse principio *tem sido com razão impugnado como insustentavel por notaveis escriptores do direito germanico*.

---

[1] Ob. cit. pag. 104.

7 — Na Italia « non é ammessa l'estradizione del cittadino », como reza o art. 9º do Cod. Penal. Mas já observava judicialmente Emilio Puccioni que « il principio della non estradizione dei nazionali non riposa sopra alcun solido fondamento, non regge alla critica, é destinato a cadere, *come tanti altri vecchi pregiudizi, col progresso della scienza e della civilitá* ».

Assim tambem pensam Fiore [4] e Olivi [5].

Seja quem fôr o *autor* ou a victima de um crime — escreve Fiore — *sua repressão corresponde aos Tribunaes e ás leis que amparam o direito violado.*

De accordo com este principio, sustentado brilhantemente pelo Dr. Saenz Peña, membro informante da Commissão de Direito Penal, foi que o Congresso Internacional Sul-Americano de Montevidèo (1888) votou a seguinte conclusão:

« Los crimines o delictos, qualquiera que sea la nacionalidad del *agente*, de la victima o del danificado, *se juzgan* por *los tribunales* y se *penam por las leyes de la Nacion* en cujo *territorio se perpetran*.»

8 — O Codigo Penal brazileiro nenhuma disposição contém sobre o instituto juridico da extradicção. Regulam-no unicamente os tratados celebrados com as nações estrangeiras, nos quaes se tem consignado como um principio absoluto a *não extradicção do proprio subdito*. Acceito este principio, o dever que tem o Estado de empregar as medidas necessarias á efficacia da lei penal impunha o desenvolvimento do regimen da ultra-territorialidade. E' um facto incontestavel que a regra da não extradicção dos nacionaes tem determinado a extensão crescente da *competencia pessoal*.

Os Estados punem os seus subditos pelas infracções commettidas no estrangeiro afim de poder recusar a sua extradicção, persuadidos de que assim não causam damno ao poder repressivo. Por isso a França, a Italia, a Hollanda, a Russia e outros paizes teem alargado a esphera da efficacia da lei penal com relação aos delictos commettidos pelos seus nacionaes no territorio

---

[4] Effeti internazionali delle sentenze penali e dell' estradizione.

[5] I reati commessi all'estero.

das outras Nações. Entretanto, o nosso codigo circumscreveu a punibilidade dos crimes praticados por brazileiro fóra do paiz aos poucos casos enumerados no art. 5º: os previstos nos capitulos I e II do titulo I, livro II e capitulos I e II do titulo VI; os de homicidio e roubo nas fronteiras e não tendo sido punido o criminoso no logar em que delinquiu.

A lei n. 39, de 30 de janeiro de 1892 limita-se a regular a extradicção entre os diversos Estados do Brazil, a exemplo do que existe na Suissa e havia outr'ora na Allemanha.

Não ha negar, porém, que caminhamos para o systema territorial, extinguindo o preconceito de nacionalismo. No projecto do Codigo de 1893 consignou-se a extradicção do nacional, e essa disposição consta do actual projecto, já approvado pela Camara dos Deputados (art. 9º).

9 — Os propugnadores da ultra-territorialidade incorrem n'um erro de logica quando apresentam como um dos motivos determinantes da competencia *pessoal* a necessidade de se garantir ao nacional a protecção que nem sempre encontrará no territorio da infracção. E incorrem nesse erro, porque não acceitam a conclusão — que a mesma garantia deve ser concedida ao nacional preso no paiz em que commetteu o delicto.

O que compete ao Estado unicamente é agir, por meio de seus representantes, no sentido de não soffrerem os seus nacionaes, nem perseguições que a civilisação reprova, nem denegações de justiça; mas, não subtrail-os á acção dos tribunaes competentes para pronunciar a reparação em nome da lei.

10 — Embora nem todos o alleguem, certo é que uma das causas primordiaes do privilegio nacionalista — depois do sentimento da dignidade nacional — é a falta de confiança na justiça estrangeira, o que vale a dizer — na justiça de todos os povos —, porque a desconfiança é reciproca.

De duas coisas, uma — estamos ou não estamos ligados com o Estado que requisita a extradicção. No primeiro caso, concluindo um tratado de extradicção com esta potencia, não rendemos homenagem á sua organisação administrativa e judiciaria? não é porque semelhante organisação offerece garantias de justiça e de imparcialidade que entregamos a essa potencia os malfeitores, mesmo estrangeiros, que veem

refugiar-se no nosso territorio? No segundo caso, devemos, pois, que a extradicção pedida é facultativa, examinar se ella póde compromettor a condição dos nossos nacionaes, e recusal-a, si o funccionamento da justiça estrangeira nos parece irregular. [6]

A estas palavras do insigne penalista francez não é demais adicionar o seguinte trecho do eloquente relatorio apresentado pela commissão ingleza encarregada, em 1878, de estudar o funccionamento do acto de 1870 e dos tratados de extradição: «Quando convidamos outras nações para organisar de concerto comnosco um systema de extradição é incongruente admittir toda restricção implicando uma duvida sobre a competencia ou a justiça dos seus tribunaes.

A extradição suppõe uma confiança mutua no modo por que a justiça é administrada pelos tribunaes dos dous paizes.

E' fazer injuria a uma nação suppôr que seus tribunaes não são imparciaes porque o julgamento diz respeito a um estrangeiro... Mesmo no caso em que os subditos de um paiz pudessem ser ahi julgados pelos delictos commettidas em territorio estrangeiro, este julgamento não satisfaria nem a justiça, nem o proprio inculpado. E' a lei, são os tribunaes do paiz onde se passsu o facto a julgar que são *naturalmente competentes*... Onde a offensa foi commettida ahi deve ser pronunciada a reparação. Si o processo se fizer no paiz de origem só com muita difficuldade e despezas serão conduzidas as testemunhas; será o accusado quem mais soffrerá com isso. Si os depoimentos forem tomados no paiz em que occorreu o delicto, o criminoso não assistirá pessoalmente á inquirição, com prejuizo da sua defesa.»

11—No territorio em que foi commettida a infracção é que melhor se apura a responsabilidade do delinquente.

Os elementos da accusação como os da defesa ahi mais facilmente se organisam. Os actos que antecedem ao delicto, a vida e as condições da victima, suas relações com o criminoso e mil outras circumstancias só se demonstram no territorio. Ahi é que

---

[6] Garraud, *Traité du Dr. Pen. franç.*, V. 1, n. 172.

está o corpo de delicto, encontram-se os instrumentos do crime, os cumplices e as testemunhas.

Ahi foi que accorreu a par do damno material o damno politico... Nesse logar é que a repressão é util, porque nelle é que o crime é conhecido. No paiz do delinquente ás mais das vezes a infracção é ignorada..

12—O systema *pessoal* ainda traz o inconveniente de obrigar a victima a transportar-se ao paiz de origem, quando quizer agir contra o delinquente, como parte lesada.

E' preciso attender que dada a violação da ordem juridica, não é só a liberdade do infractor que está em jogo, são tambem o interesse do offendido e o interesse superior da sociedade.

13 — Dados os inconvenientes e as difficuldades que se oppõem á pratica do systema da ultra-territorialidade, é incontestavel que ell a constitue poderoso incentivo para o crime. E' a melhor garantia da impunidade.

CONCLUSÕES

I. A jurisdicção territorial determinada pelo *locus delicti* assenta não só na soberania como na necessidade de assegurar á justiça protecção e efficacia.

II. Essa efficacia só é completa quando, qualquer que seja a nacionalidade do delinquente, elle é entregue á jurisdicção territorial, exercida pelos juizes naturaes da infracção.

III. O principio absoluto da não extradicção do proprio subdito não se compadece com a assistencia judiciaria entre as nações, e a boa administração da justiça penal.

Capital Federal, 7 de maio de 1906.

EDMUNDO MUNIZ BARRETO.

DIREITO PUBLICO

These IX

DISSERTAÇÃO APRESENTADA

PELO

Dr. Antonio Paula Ramos Junior

(RELATOR)

Representante da Faculdade Livre de Direito

DIREITO PUBLICO

THESE IX

Deve-se restringir o direito de asylo nos crimes politicos? Qual a formula da restricção?

Atravéz do immenso cyclo de luctas, de victorias e de revezes que a historia da humanidade registra em suas paginas, descobre o espirito observador a lei das antitheses predominando no que diz respeito ao denominado — direito de asylo.

Desde as mais remotas éras os infelizes, quer perseguidos por inimigos rancorosos, quer pela sanha da tyrania, buscavam refugio nos lugares a isso consagrados pela Religião; e, de facto, o encontravam.

Os templos, os altares, as estatuas dos deuses ou dos heroes, bem como seus tumulos, eram então os logares de abrigo.

Si o paganismo com todas as suas inconsequencias philosophicas, todos os seus erros e superstições grosseiras, accentuava a idéa de que os deuses se encarregavam da punição dos criminosos, que voluntariamente se vinham collocar sob sua immediata dependencia, sendo, portanto, uma impiedade pretender prival-os do cuidado dessa vingança, no Deuteronomio ao cemiterio leem-se as regras da lei Mosayca relativas ás cidades destinadas ao asylo, e refugio dos assassinos não intencionaes, e dos escravos fugitivos.

A historia nos refere como Pausanias, murado pelo furor popular no templo de Minerva, morria á fome, depois de sua condemnação pelos Ephoros, como traidor de sua patria, e nos descreve como Démosthenes fora arrancado de estatua da Neptuno pelos soldados de Antipater.

Em Athenas, porém, via-se o altar da Misericordia recordando a epopéa ingente de soffrimentos dos desditosos que, escapando ás derrotas, ou banidos de

seu paiz, em seguida ás graves commoções politicas, alli encontravam seguro agasalho.

Predominava, é claro, naquelles remotos tempos, em relação ao asylo, a idéa e o sentimento religioso.

Nos tempos modernos o *direito de asylo* tem seu fundamento na inviolabilidade do territorio estrangeiro.

Propositalmente empregamos a expressão *direito de asylo*, para affirmar em contrario as respeitaveis opiniões, entre as quaes citaremos a do Barão de Alencar no *Jornal do Commercio* de 31 de março de 1896, incontestavelmente um dos nossos mais illustrados diplomatas, que o *asylo* é *um direito* e não *um facto*.

Provemos esta proposição.

E' o estado, no direito moderno, um organismo especialmente *juridico*, como diz Cogliolo, porque a maior parte de sua actividade se explica com formas de direito, e seu modo de obrar e sua constituição são revestidos de formas juridicas.

Não é licito negar que o Estado represente a personificação politica da sociedade. Ora o sentimento do *justo e do injusto*, diz Bluntschli, existe e se manifesta por toda a parte onde os homens se acham em contacto fazendo nascer o respeito do *direito alheio*. Sendo o direito internacional o complexo de regras e principios que regem as relações dos Estados entre si, e compondo-se estes de homens, segue-se que cada estado é tambem uma *personalidade*, um *ser* que tem *direitos e vontade* como as pessoas physicas.

Desde que os Estados teem existencia independente, como não é licito negar, e direitos, que são, como diz Cogliolo, todos os preceitos quando expressados de um *modo geral*, e com sancção *coactiva*, o *asylo* é consequentemente *um direito* e não *um facto* porque funda-se de um lado na *inviolabilidade do territorio* pelos demais estados, e de outro na sua propria soberania.

E' por isso que as nações, recebendo em seu seio os foragidos das grandes revoluções sociaes, ou os infelizes desvairados pelas paixões politicas, teem o incontestavel direito de os asylar, vigiando-os de perto em sua conducta e em sua attitude pacifica.

E' um direito irrecusavel, acceito e consagrado pelas regras do direito internacional de hoje, como

consequencia de sua soberania e da inviolabilidade de seu territorio.

Prosigamos agora.

A evolução social do todos os povos tem confirmado o principio da *não extradicção* dos *criminosos politicos,* contrariando nesta parte os antecedentes historicos da maioria das nações européas, que até então obedeciam ao principio de que as nacionalidades que scientemente davam asylo a culpados de semelhantes delictos tornavam-se seus cumplices.

Quem percorrer os tractados firmados entre diversas potencias européas desde o XV seculo, notará que foi a França a primeira que repudiou aquelle odioso principio, contrario ás mais comesinhas noções de hospitalidade, nos tractados de Blois de 1504 e de Vervins em 1598.

Se de um lado Roma e Thebas figuram na historia da humanidadde como as mais valentes defensoras do direito de asylo, por isso que, como diz um escriptor, foram exclusivamente firmados por ellas, de outro a Revolução Franceza de 1789 protesta contra esse direito em nome da *igualdade,* affirmando que extinctos os *privilegios* a lei é igual para todos e portanto não póde haver *asylo contra a lei,* porque *só a lei é o asylo de todos.*

Sem apreciar aqui a objecção de privilegio, porque ninguem ousa contestar que a *igualdade* é a base da soberania de cada povo, e que o *direito de asylo* não é um *privilegio,* mas sim o resultado da independencia e soberania do estado que o concede, observaremos, entretanto, o seguinte:

Cada Estado, em virtude de sua independencia, tem o direito de permittir que estrangeiros habitem em seu territorio. Se por virtude de tractado esse direito subordina-se a regras *convencionaes,* quer isto dizer que o *direito de asylo illimitado* não deve, e não póde, existir nos tempos modernos.

E' certo, é mesmo incontestavel, que o direito penal de cada povo é, por sua essencia, exclusivamente territorial.

E' certo que as infracções da lei penal não violam a ordem publica do paiz que concede o asylo, mas sim daquelle em que ellas teem logar, e por isso não póde o paiz do asylo abdicar de sua soberania em favor de outro.

Mas pensamos com Bluntschli, que o direito de *asylo illimitado* seria um perigo para a segurança e ordem publicas. Sua limitação funda-se em uma necessidade imprescindivel — a de attender a grandes interesses, não ao interesse de um paiz dado, mas a um interesse superior — *o interesse geral*.

Se em relação aos *crimes communs* a solidariedade das nações não é controvertida pelos mais notaveis internacionalistas, pois como bem dizia Rouher em 1866 «é incontestavel que o principio da extradicção, quanto aos crimes communs, é o principio da solidariedade, da reciproca segurança dos governos e dos povos contra a *ubiquidade do mal*», o mesmo não se dá em relação aos crimes politicos.

No direito internacional de nossos dias já os tractados reconhecem a distincção, que a sciencia ensina existir entre *crimes communs e crimes politicos*.

Estes delictos teem como objectivo a constituição e o systema politico de um determinado Estado, tomada esta expressão em sua mais ampla expansão.

Não attingem evidentemente as demais nacionalidades para as forças, dest'arte a violação consciente da mais preciosa das garantias da independencia da razão humana, como dizia Armand Bertin, no *Jornal dos Debates*, em abril de 1856, estudando o direito de asylo na Suissa.

Demais que significaria a negação de asylo em crimes desta natureza quando é sabido que não existe solidariedade politica entre os diversos Estados que existem na terra?

Não é verdade, todos os dias confirmada, diz Bluntschli, que o criminoso politico que no *paiz A* será punido severamente, no *paiz B* será considerado um *martyr politico*?

A justiça, a humanidade, e mesmo a boa politica se congregam, diz Calvo, para impor neste caso o *direito de asylo*.

Si na sciencia os tratados de extradição representam conquistas do progresso e da civilisação, como dizia em Portugal o Dr. Alves de Sá, defendendo o Conselheiro Castilho, accusado de haver dado asylo aos revoltosos brazileiros de 1894; si em quasi todos os tratados é taxativamente excluida a entrega do criminoso politico, para o qual não ha extradição, como negar-se o direito de asylo a criminosos politicos?

Não é possivel.

Portanto, em nosso conceito, existe um *direito de asylo*.

Este direito é perfeito, e delle gozam todas as nacionalidades: sua limitação está unicamente nas regras dos tratados, quanto a *crimes communs*. Quanto a *delictos politicos* ha em nosso conceito uma só limitação, que é a seguinte:

Os principios de exterritorialidade não permittem ás pessoas que delles gosam o *direito de asylo*, não porque haja limitação alguma, mas porque os privilegios da exterritorialidade não se estendem a *terceiros*: elles se referem exclusivamente ás determinadas pessoas que delles gozam pela conhecida ficção de que estão fóra do territorio estrangeiro».

Neste caso é claro que o direito de asylo, mesmo em relação a delictos politicos, soffre essa clara limitação, de que podiamos citar innumeros exemplos, sendo o mais recente de todos o de Balmaceda, Presidente da Republica do Chile, que com o suicidio veio cortar a grave questão de direito internacional, que se ia levantar sobre o asylo que lhe fôra concedido.

Mas, ha uma questão, da qual não podemos deixar de occupar-nos, embora de passagem, neste rapido e incompleto trabalho ao qual dedicamos escasso tempo; é a de saber si o delicto politico sendo acompanhado, por connexão, de um ou mais *delictos communs*, soffre o direito de asylo alguma limitação, mesmo no caso de haver nos tractados clausula que autorise a extradição.

Nenhum dos modernos tratadistas, que o saibamos, resolve a questão, ou mesmo della se occupa.

Tentemos, portanto, encaral-a diante das regras do direito internacional em confronto com o nosso direito escripto.

E' a connexão o laço de reciproca dependencia que prende em si *factos e pessoas*.

Desde que a co-delinquencia ligue um delicto a outro, e a responsabilidade penal exista, a connexão è perfeita, e a separação dos delictos, para os effeitos da extradição, impossivel, do mesmo modo que o seria para o processo.

Se o accordo criminoso para um *delicto politico* inclue, ou comprehende, um ou mais *crimes communs*,

a connexão é manifesta, irrecusavel, sendo a separação do processo um erro imperdoavel.

A competencia para o processo e julgamento dos crimes politicos está positivamente fixada na Constituição, art. 60 lettra i.

A connexão prendendo um delicto aos outros, e não sendo possivel a separação do processo e julgamento de todos os crimes, restaria indagar qual o Juiz competente.

Em nosso humilde conceito a competencia pertenceria ao *fôro de excepção*.

Mas, no julgamento de taes crimes seria a applicação da penalidade de accordo com as regras do Direito commum.

Vê-se claramente que separar *delictos politicos* de *crimes communs*, hypothese figurada, para reclamar a extradicção em relação a *estes*, porque em relação a *aquelles* é ella impossivel, seria ferir de frente os principios sobre que repousa o direito de asylo e a negação da extradição em crimes politicos.

Do pouco que temos dito concluimos o seguinte:

1°. Para nós o *asylo* é um *direito*.

2°. O *direito de asylo* não soffre restricção alguma, excepto nos crimes communs, e nos *communs ou politicos*, quando o asylo fôr concedido na Legação ou Embaixada que gozam de *exterritorialidade*.

3°. Não ha fórmula de restricção: esta se dá em virtude das regras do direito internacional a que nos temos referido.

Rio, 30 de abril de 1900.

DR. ANTONIO DE PAULA RAMOS JUNIOR.

DIREITO PUBLICO

These X

DISSERTAÇÃO APRESENTADA

PELO

Dezembargador Dr. A. Bezerra da R. Moraes

(RELATOR)

Membro do Tribunal Superior de Justiça do Estado do Pará

DIREITO PUBLICO

THESE X

X. Convém abolir a prisão cellular? No caso negativo, com que condições deve ser estabelecida para preencher os intuitos de um bom systema educativo e repressivo?

As sociedades primitivas e as que lhes succederam até o seculo decimo terceiro não tinham a noção dos deveres para com os condemnados. Só viam o — crime, e, para ellas, o criminoso não era sinão um membro que devia ser afastado ou supprimido da communhão.

A' luz pura e brilhante do genio de Socrates e de Platão, algumas intelligencias, raras, porém superiores, tiveram a verdadeira intuição da missão da autoridade social a respeito dos accusados e dos condemnados; mas suas vistas não chegaram a penetrar na antiga legislação penal, cujo principal caracteristico era o arbitrio e a barbaria.

Estes dous grandes defeitos manifestavam-se, principalmente, na odiosissima classificação dos accusados em *honestiores*, *humiliores* e *famosi;* nas penas especiaes — *in metallum*, *in opus metalli*, *sacratio capitis*, *interditio aquæ et ignis*, que, como a *capitis diminutio maxima*, eram ligadas á relegação e á deportação; e, ainda, no proprio modo de constituir a prova judiciaria, cuja phase *primitiva* assignalava-se por um empirismo sincero, porém essencialmente aleatorio, pois dependia do *testemunho* e das *impressões*; cuja phase *religiosa* caracterisava-se pelo abandono das provas (ordalias, duellos judiciarios, prova do fogo e da agua) a uma pretensa intervenção da divindade, *para eximir de toda responsabilidade* a *consciencia do juiz*.

A justiça criminal, em muitos casos, era antes um officio de carrasco, do que de juiz.

Foi já no anno de 1303 que se inscreveu no alto das portas das prisões de Florença esta phrase inspirada pelo Evangelho:

« *Oportet misereri* »

Em 1395, os burguezes de Amsterdam erigiram sua primeira prisão para homens, e no anno seguinte a primeira para mulheres, ás quaes deram o caracter de casas *de correcção* e de *refugio* e a denominação de *Tuchthuis* ou *Rasphuis*, e *de Spinnhuis* ou *Netoria domus*, propositalmente escolhida para arredar desses estabelecimentos a qualificação infamante. Os escriptores daquelle tempo denominavam-n'os mesmo — *honestior carcer qui nullam infamiam importat.* [1]

Isto indica que os hollandezes, levados pela repulsa, que lhes causava a repressão sanguinaria da justiça penal, e guiados pelo senso pratico que lhes fez reconhecer a ociosidade como a fonte do vicio e, portanto, da criminalidade, chegaram a formar da penalidada conceito differente.

Com o apparecimento dos livros intitulados — *De juris naturæ et gentium*, de Pufendorf (1672) — *Fundamentum juris naturæ et gentium*, de Christiam Thomasius, — De *pænerum humanarum abusu*, — de Fischer (1712) e outros escriptos do mesmo genero, em que se apoiaram os propagandistas allemães, entrou o direito penal, no seu periodo philosophico, já escoimado das theorias da *retribuição*, e triumphante na luta contra o direito romano e o canonico tradicionaes. [2]

Ao mesmo tempo, o grande Montesquieu, no *Esprit des lois* e nas *Lettres persanes* atacava, em França, com as armas da critica fina e zombeteira, o direito penal vigente em suas bases.

Todavia, foi depois da publicação dos livros immortaes dos eminentes philosophos Cesare Bonesana, marquez de *Beccaria*, natural de Milão, e Tommaso Natale, marquez *di Monte-rosato*, nascido em Palermo, que o

---

[1] Kechermann — Systema disciplinæ politica publicæ — Amsterdam, 1606.

[2] Tratado de direito penal de Von Liszt, traduzido pelo Dr. José Hygino, pag. 56.

problema da repressão penal começou a attrahir a attenção dos maiores espiritos. *

O abbade Mably, nos seus «Principios das leis», Voltaire no seu «Commentario ao livro de Beccaria», Rousseau, no seu «Contracto social» e, pouco depois, os criminalistas inglezes Blackestone e Richard-Philipps déram impulso ao movimento reformador, cujas primeiras consequencias foram: a abolição dos horrores seculares da tortura e a proclamação, pela assembléa de 1789, do grande e verdadeiro principio de que — *a pena de morte não é mais do que a privação da vida.*

Varios systemas foram apresentados a respeito dessas importantes materias.

Ao principio da *defesa social* pelo meio directo das penas, principio professado pelo mesmo pensador italiano, succedeu o systema *utilitario* e da *intimidação*, de Jeremias Bentham, que ousou dizer: «O mal da pena deve ser superior ao proveito do delicto».

---

* O livro de Beccaria é universalmente conhecido pelo titulo — *Dos delictos e das penas*; o de Tommaso Natale denomina-se *Tratado da efficacia e da necessidade das penas.*

Os escriptores que tratam do periodo philosophico do direito penal attribuem sómente a Beccaria a gloria do inicio da reforma do systema penal na Italia, no seculo XVIII; porém hoje se acha bem verificado que essa gloria cabe tambem a Tommaso Natale, e, portanto, que Milão e Palermo foram os fócos principaes do movimento reformador.

O tratado do philosopho siciliano foi até escripto antes do de Beccaria; mas, tendo sido publicado depois daquelle, obteve, por isso, menor successo, não obstante ser animado de sentimentos mais humanos.

Encontramos detalhes biographicos mui precisos em um estudo do professor F. Guardione intitulado *Tommaso Natale e as novas theorias politicas e criminaes na Sicilia no XVIII seculo.*

G. Cimbali publicou a esse respeito um interessantissimo artigo na *Revista Penale*, de abril de 1896.

O illustre articulista destaca do tratado de Tommaso Natale, e critica com o seu bom senso juridico os seguintes periodos:

C'est un defaut assez commun aux politiques de vouloir suivre les precedents; mais il faut distinguer les temps, les circonstances, *les coutumes diverses, les differentes constitutions.*

« *Tous les princes ne peuvent pas regler leurs actes sur les leçons de Tacite et de Machiavel. Ce serait comme si on voulait revêtir la prétexte romaine ou le costume du V. siècle, quand tout le monde est habilité à la française. Les princes de cette époque avaient besoin de se soutenir par la force dans leurs domaines usurpés et tyranniques, de se défendre contre la haine et l'envie universelles, et voilà pourquoi il leur était nécéssaire de se faire craindre plutôt qu'aimer.*

Depois, veio o systema preventivo, de Target, o da *justiça moral*, de Rossi, e, por fim, o da *defesa indirecta*, de Pastoret e Charles Lucas. *

Consideradcs abstractamente, esses systemas são menos dissemelhantes quanto ao fundo do que quanto ás fórmulas, porque todos repousam sobre a *defesa socita*, que é o fundamento do direito criminal, e sobre a justiça, que é a sua essencia.

Hoje, ninguem mais se preoccupa com essas fórmulas: a sancção effectiva é o essencial. Todos estão convencidos de que o modo da execução da pena deve corresponder ao motivo, que fel-a pronunciar, e dessa execução não deve resultar, nem a sua aggravação, nem a sua inutilidade.

Os philosophos do decimo oitavo seculo, não se póde negar, contribuiram efficazmente para a reforma das leis penaes: seus esforços foram no sentido de proteger o innocente, assegurar a defesa dos indiciados e diminuir a possibilidade dos erros judiciarios: suscitaram

---

« *Aujour d'hui les regles du gouvernement tendent à s'appuyer sur l'amour des sujets en les rendant heureux, au lieu d'avoir recours aux crimes et aux barbaries d'un Tibère ou d'un Néron.* »

Il y avait là, diz o douto Cimbali, une veritable revolution d'idées. On voyait bien qu'on allait passer de l'époque où triomphaient la force et le caprice du prince à celle où le droit et la dignité du peuple seraient hautement revendiqués.

Natale publie diverses œuvres litteraires et juridiques. Il fut élevé aux premières dignités et mourut à quatre-vingt six ans, entouré de la veneration publique.

On est étonné de voir avec quel esprit de positivisme Natale a établi la nécessité de la peine.

A' l'inverse de Rousseau, qui fit tout une revolution intellectuelle en soutenant comme un dogme que l'homme, naturellement bon, est corrompu par la société, Natale prend comme point de départ incontestable la méchanceté innée de l'homme.

. . . .

Sur un point essentiel Natale est réelemente supérieur à Beccaria; c'est en s'occupant non seulement de l'efficacité de la peine, mais de l'efficacité de l'éducation civile et politique, et en complétant ainsi le système de moyens à employer pour assurer la sécurité publique et le développement pacifique du progrés sociale.»

Ha nesse interessante artigo muitas outras apreciações ao tratado de T. Natale relativamente aos trechos em que o eminente philosopho critica as theorias de Lock e de Rousseau e a educação clerical, deixando patente o seu racionalismo experimental, tão verdadeiro e tão elevado que basta para justificar o supremo elogio de ter sido elle realmente o precursor e o emulo de Beccaria, por suas idéas sobre reformas penaes, repassadas de tão grande espirito de humanidade.

* Charles Lucas foi um dos maiores penalistas philosophos deste seculo.

o movimento que dotou a honra e a liberdade do cidadão de garantias que não existiam. Nenhum delles, porém, comprehendeu o dever da assistencia para com o criminoso condemnado justamente; nenhum pensou na regeneração moral depois da quéda.

Para cuidar da rehabilitação do condemnado são necessarios sentimentos mais elevados do que os dos reformadores do seculo passado; é necessario o impulso da caridade.

Até 1872 havia tres modos de executar as penas. Esses modos eram conhecidos pela denominação de systema pensylvaniano ou de Philadelpiha, systema d'Auburn, e Servidão penal ingleza. [1]

Naquelle mesmo anno, porém, foi apresentado ao congresso de Londres [2] por sir Walter Crotfon, penalista irlandez, um 4º systema que, ainda hoje, é conhecido pelo nome do seu illustre autor.

Esses quatro systemas foram objecto do inquerito aberto pelo mesmo congresso para se conhecer os principios em que se baseavam, a medida de sua applicação e os resultados de cada um.

Os principios em que elles se baseam, a medida de sua applicação e os resultados de cada um são exactamente o objecto deste modesto e despretencioso Estudo.

Aos 26 annos de idade ja havia escripto as celebres memorias apresentadas ao duplo concurso (de Pariz e de Genebra) sobre a — *legitimidade e efficacia da pena de morte*, memorias que foram pelos respectivos *jurys* consideradas como as melhores.

O eminente Faustin Hélie, em notavel analyse das differentes theorias, desde Kant até Rossi, sobre o fundamento da penalidade, declarou preferir a doutrina de C. Lucas, que, diz elle: « Sans rejeter le principe de la justice morale, dont l'auteur admet le coucours, donne à la justice une base et d'autres elements, conserve un système qui lui est propre et une puissante originalité. »

D'entre o numero de illustres obras e escriptos desse grande penitenciarista francez destacam-se os seguintes: « Systéme penitentiaire en Europe et aux E'tats-Unis », que obteve o premio Montyon de 6.000 francos; « Théorie de l'emprisonnement préventif, répressif et pénitentiaire », que lhe valeu a honra de ser eleito membro do Instituto de França, aos 35 annos de idade. O illustre conselheiro d'Estado Beltrani Scalia o denominava — *o pae da reforma penitenciaria*.

O Rei da Italia conferiu-lhe a Cruz de commendador da Ordem da Corôa *pelos serviços prestados ás sciencias e ao direito criminal e das gentes etc.*

[1] Não falo da prisão *em commum*, apezar de ser o modo mais geral e, ainda hoje, mantido em alguns paizes que não têm podido proceder á reforma de suas prisões, porque ella não constitue systema penitenciario.

[2] Foi o Primeiro Congresso Penitenciario Internacional.

A PRISÃO CELLULAR

Influencia da cella no animo do condemnado

Resultado do systema

I

No programma do Congresso Juridico Americano, que deve reunir-se em maio de 1900, na Capital Federal, para solemnisar a commemoração do 4º centenario do descobrimento do Brazil, acham-se incluidas as seguintes questões :

« Convém abolir a prisão cellular?

« No caso negativo, com que condições deve ser estabelecida, para preencher os intuitos de um bom systema educativo e repressivo? »

Sem embargo de ser a *prisão cellular a —pena — typo* do nosso codigo, não tem sido applicada em nenhum dos Estados.

A inexecução do art. 45 do cod. penal não é devida sómente á falta de estabelecimentos apropriados, mas tambem, e principalmente, ao sentimentalismo feminil, oriundo de falsa idéa sobre o moderno systema cellular.

E' effectivamente, d'essa idéa que nasce a prevenção dos poderes publicos contra aquelle systema penitenciario.

Nos Estados-Unidos da America, na Inglaterra, na Escossia, na Suécia, na Hollanda, na Belgica, na França, na Allemanha, Austria-Hungria, na Suissa, na Italia, na Hespanha e em Portugal, tambem houve a mesma prevenção, mas devida á má fama adquirida pelo systema pensylvaniano ou de Philadelphia, cuja applicação foi, nos primeiros tempos, de pessimos effeitos, por causa do abandono em que eram

deixados os condemnados submettidos ao *solitary confinement*.

A simples denominação do regimen penitenciario dava a idéa do modo de sua applicação, e gerava terror no animo daquelles mesmos que não haviam sido a elle submettidos.

Depois de um inquerito official feito nos Estados de Rhode-Island e New-Jersey, as respectivas assembléas aboliram alli o regimen cellular.

Sómente em Philadelphia continuou elle a ser applicado.

Pelos motivos indicados, e tambem por falta de meios orçamentarios, o systema praticado na maior parte das penitenciarias dos Estados-Unidos era, até 1872, o denominado — *de Auburn*, apesar de reconhecerem os norte-americanos que este systema não resolvia o problema da repressão, por quanto a barreira artificial, por elle levantada entre os detidos (*a lei do silencio*) é illusoria ou cruel, pois, applicando-se *a regra* com rigor, o silencio só póde ser mantido por meio de castigos severos, e deixando-se de applical-a ahi temos o perigo do *regimen da promiscuidade*, por que será sempre impossivel impedir a communicação entre homens que vivem em commum.

Si é necessidade *natural*, para o homem encontrar o olhar de seu semelhante, não lhe é menos imperiosa a de fallar e ouvir o som da voz humana.

Ainda em 1877, em notavel trabalho, publicado na *Revue Pénitentiaire,* o Dr. Wines, cidadão norte-americano do norte, espirito intemerato, e um dos mais convencidos apostolos da moderna sciencia penitenciaria, dizia :

« Todo o systema das prisões de Condado nos Estados Unidos é uma vergonha para a situação deste paiz : máo, pessimo mesmo, e sem esperanças de melhora, elle assim continuará em quanto se lhe conservar a fórma actual. Ha necessidade, não de aperfeiçoal-o, mas de distruil-o ; não de modifical-o, mas de reconstruil-o. »

A Inglaterra, pelo bil de 1718 * inspirado pelo grande Howard, adoptou o regimen cellular, porém, só-

* Antes dos Estados-Unidos.

mente em 1784 foi construida a penitenciaria de Gloucester, primeira edificada de accordo com as exigencias do mesmo regimen [1].

Ao mesmo tempo o philolosopho Bentham apresentava o plano, do seu — *Panopticon,* — baseado no trabalho obrigatorio e vigilancia rigorosa, no qual estabelecia, além de medidas proprias para ferir a imaginação dos condemnados e dos que os visitassem, uma situação transitoria de meia liberdade, em que os condemnados deviam ser mantidos, antes da liberdade definitiva.

O governo adoptou, pelo bill de 1794, esse plano, e obteve do parlamento creditos avultados para a construcção do — *Panopticon*, que foi effectivamente installado no local onde se acha actualmente a grande prisão Wormwood-Scrubs [2]. Mas o systema de Bentham não foi executado, porque, depois de uma investigação geral a respeito do systema penal, então em vigor, da qual foi encarregado Sir Romilly, este convidou a comparecerem deante da commissão de inquerito o philosopho Bentham, defensor do *Panopticon* e Sir George Poly, admirador de Howard e partidario das penitenciarias.

Poly triumphou, e foi segundo as suas idéas que se concluiu a penitenciaria de Milbank, que começára a ser construida para a applicação do systema de Bentham.

Foi depois dessa época que os americanos do norte construiram as penitenciarias de Philadelphia e de Auburn, as quaes deram os nomes os dous systemas penitenciarios, que passam por ter sido creados nos Estados Unidos, quando a verdade é que foi em Gand, (Belgica) em 1775, que teve applicação, por primeiro, o regimen, hoje conhecido pela denominação de systema d'*Auburn*.

A França, ainda depois da volta de Tocqueville e de Beaumont (1833), nomeados pelo governo para estudarem nos Estados Unidos aquelles dous systemas,

---

[1] Esta prisão era para 72 homens, mas, continha 144 cellas, dispondo cada condemnado de duas cellas.

[2] Esta prisão substituio a de Milbanck que foi construida no local destinado ao *panopticon*.

hesitou, por muito tempo, em adoptar o regimen cellular, como elle era applicado naquelle paiz.

Sem embargo de haver sido acolhido, favoravelmente, pela Camara dos Deputados, em 1840, e de ter tido um começo de execução na prisão Mazas, construida em 1849, e em outras prisões departamentaes, transformadas expressamente para a pratica do regimen philadelphiano, este systema foi abandonado, antes de seu completo funccionamento.

Nova experiencia foi tentada, porém, em 1869, na prisão da Santé, construida especialmente para os dous regimens.

Estabelecida por um systema mixto, isto é, reunindo o regimen cellular e o regimen commum, dentro dos mesmos muros, aquella penitenciaria permittia a experimentação comparada dos dous modos de prisão, sob a direcção de um só administrador, e tornava assim mais facil e mais decisivo o julgamento *.

A experiencia tentada nessa penitenciaria, até então a melhor da França, teria sido feita em condições materiaes excellentes, si esse ensaio, puramente administrativo, fosse completado com a organisação rigorosa de um serviço de visitas e com a consagração legal do principio da reducção da pena cumprida na cella, como acontece na Belgica; principio tão essencial ao systema cellular, como a frequencia das visitas, e o trabalho obrigatorio.

Foi na Belgica, (em 1835) que o systema cellular recebeu as modificações aconselhadas pela sciencia penitenciaria.

Essas modificações foram adoptados pelos americanos do norte e o *solitary confinement* cedeu o logar ao *separate confinement*.

Como as visitas obrigatorias feitas pelo director, pelos vice-directores, pelos medicos, pelos capellães, pelo chefe dos guardiães e pelos membros das sociedades de patrocinio (hoje existentes em todos os paizes que cultivam com interesse e conscienciosamente a mo-

---

* A *Santé* podia conter 1,000 condemnados: 500 no *quartier* do regimen de Auburn e 500 no *quartier* cellular. Este é muito superior a Mazas, pela disposição das cellas, que recebem, por largas janellas, ar e luz; pela extensão dos corredores que permittem a renovação do ar, com facilidade; e, finalmente, pela capella cellular.

derna sciencia penitenciaria), com a organisação do trabalho obrigatorio e com a observancia dos outros meios moralisadores, cessou a prevenção contra o regimen cellular.

Todos os congressos penitenciarios internacionaes desde o 2º, que teve logar em Stokolmo, em 1878, até o 5º, que reuniu-se em Paris, em 1895, tem decidido que as penas privativas da liberdade, qualquer que seja a sua duração, devem começar pela separação individual absoluta, isto é, durante o dia e durante a noite, com trabalho obrigatorio na cella ; emfim, devem ser cumpridas conforme os principios do systèma cellular.

E, na Europa não ha mais um só paiz em que não seja applicado aquelle systema como inicio da pena de prisão, variando apenas sua duração, que é : de 9 mezes na Inglaterra, Irlanda Escossia e França ; de 2 annos, na Suecia ; de 3 annos na Allemanha, Austria-Hungria, Suissa, Noruega ; de 3 annos e meio, na Dinamarca; de 5 annos, na Hollanda ; de 6 aunos, para os condemnados ao ergastulo e de 2 annos para os condemnados, á reclusão na Italia ; de 8 annos, em Portugal, para os crimes outr'ora punidos com a pena de morte ; e de 10 annos na Belgica.

Na França são tão satisfactorios os resultados do systema cellular, que a administração penitenciaria fez transformar o *quartier d'Auburn* da *Santé* em *quartier* cellular com 650 cellulas, mais espaçosas do que a do *quartier* visinho, tendo cada uma duas janellas ; e, além disso, mandou construir a penitenciaria cellular de Fresnes, perto de Paris, com 2.100 cellulas, estabelecimento modelo, exclusivamente destinado ao cumprimento das penas de um a cinco annos de prisão. *

---

* A nova penitenciaria franceza é hoje o mais vasto e mais completo estabelecimento penal. E' dividida em tres edificios rectangulares, rodeados por um só muro, tendo cada um o seu locutorio, os seus *preaux* a sua capella escola cellular ; emfim, constituindo, cada um, uma penitenciaria distincta.

A communicação com o *Depôt* da Prefeitura de Paris é por meio de um caminho de ferro subterraneo. O custo da obra é superior a doze milhões de francos.

Esta penitenciaria foi construida para receber os condemnados da *Mazas*, que foi arrazada no anno proximo passado, e da *Grande Roquette e Sainte Pélagie* que tambem vão ser demolidas.

No projecto de reforma do *Cod. Penal* se acha augmentada para cinco annos a duração da prisão cellular.

Em todos os paizes acima nomeados, a reforma das prisões está sendo feita para a applicação geral do systema cellular.

Si dentre elles sómente a Belgica e a Suecia chegaram a completar o seu plano de reforma penitenciaria, é por falta de meios orçamentarios, não por abandono do systema.

Todos esses progressos realizados no systema penitenciario cellular, sua adopção quasi universal, constam de livros e revistas, publicados nos ultimos vinte annos, nas linguas mais conhecidas.

Não ha, pois, razão para a falsa idéa, que entre nós ainda existe, a respeito do melhor dos systemas penitenciarios.

* * *

Ante essa infundada prevenção contra o systema cellular, e á vista do nosso atrazo nestes assumptos, devido em parte á mesma prevenção, e em parte á ausencia do verdadeiro altruismo (que tem sido supplantado ou abafado pelo *ego*-altruismo), me parece util indagar o que é a cella de uma penitenciaria e qual a influencia que ella exerce sobre os condemnados.

Tomarei como typo as cellas das penitenciarias de Louvain e de St. Gilles, na Belgica, dous estabelecimentos justamente considerados como modelos no genero, por serem aquelles em que o regimen cellular obedece, inteiramente, aos preceitos da sciencia penitenciaria e ás prescripções dos congressos penitenciarios internacionaes.

* * *

A *cella penitenciaria* é um quarto de 4 a 5 metros de comprimento, sobre 3 a 4 de largura, com 3 a 4 de altura; a mobilia compõe-se de uma cadeira, uma cama que, dobrada, serve de mesa, e utencilios proprios do officio em que trabalha o preso; nas paredes quadros contendo maximas e pensamentos moraes, que são substituidos de 15 em 15 dias, ex-

tractos do regulamento da penitenciaria, a lista dos nomes dos membros da commissão administrativa da circumscripção penitenciaria e dos da *sociedade de patrocinio* [1] da mesma circumscripção e a tabella dos preços das mercadorias existentes na *cantine*. [2]

O regimen disciplinar é o seguinte:

O condemnado, ao entrar na penitenciaria, é conduzido á secretaria, onde são tomados os seus signaes caracteristicos, segundo o systema anthropometrico de Bertillon, e se lhe abre a inscripção respectiva no registro geral.

Em seguida é conduzido a uma das cellas destinadas *aos que chegam*.

Si é bom o seu estado de saude, fazem-lhe tomar um banho de asseio e vestem-lhe o *costume da prisão*. [3]

O director designa a cella que elle deve occupar.

Logo que o condemnado é recolhido á cella, o director, o vice-director ou o chefe dos guardiães ministra-lhe as instrucções necessarias sobre a arrumação da cella, o emprego dos diversos apparelhos, que nella existem, (torneiras, chaves de gaz, botões de corrente electrica, etc.) e, si o preso não sabe ler, faz-lhe a leitura das disposições regulamentares relativas á disciplina e aos deveres dos condemnados.

No mesmo dia é visitado pelo medico; si acha-se doente, é immediatamente transferido para a enfermaria cellular, quando a molestia é grave.

No dia seguinte é interrogado pelo director, por um dos capellães, pelo medico principal e pelo professor, que lhe fazem as recommendações e lhe dão os conselhos que julgam uteis e adequados á situação do preso.

---

[1] Estas sociedades são consideradas de utilidade publica, por decreto do governo.

[2] *Cantine* é um armazem estabelecido mesmo na penitenciaria, onde são vendidos aos presos certos generos permittidos pelo regulamento da prisão. Os pedidos dos presos são visados pelo director, e a tabella dos preços autorizada pela administração penitenciaria.

[3] A roupa, o dinheiro, as joias e mais objectos que os condemnados levam comsigo ficam em deposito ou são enviados á familia, ou são vendidos para ser o producto recolhido á caixa economica, segundo a vontade do condemnado.

Na caderneta respectiva não figura o nome do depositante, mas sómente o numero que elle recebeu ao entrar para a prisão.

O resultado d'esse interrogatorio é lançado em livro especial.

Durante os primeiros dias, a administração da penitenciaria deixa-o entregue ás suas reflexões, até que elle peça trabalho e livros.

Durante esse periodo *preparatorio*, o preso é objecto da mais attenta observação por parte do director e dos demais funccionarios, que multiplicam as visitas e estudam as suas disposições de animo.

A instrucção é ministrada por um professor e um adjunto deste, achando-se os presos recolhidos aos mesmos alveolos, [1] de onde ouvem a missa.

O professor, collocado no segundo plano da escada em espiral, que fica debaixo da rotunda, explica a lição na pedra, em presença de um guardião, e no dia seguinte vae tomal-a, de cella em cella.

No plano immediatamente superior acha-se o altar de tal modo collocado que o padre póde ser visto por todos os presos.

Ha na penitenciaria uma bibliotheca circular, cujas obras, approvadas pela administração superior, são postas á disposição dos presos.

Em registro especial são inscriptos os numeros e as secções dos presos a quem os livros são confiados, o titulo e o numero das obras, a data da distribuição e da restituição.

Em dias determinados, um dos capellães ou um dos professores faz, na capella, leitura, em voz alta, acompanhada de instrucção familiar, aos presos que não sabem ler. Essa leitura estende-se a todos os presos, sempre que, em virtude de máo tempo, elles não podem ir aos pateos de recreio.

* * *

As industrias estabelecidas na penitenciaria devem reunir as seguintes condições:

1.ª Poderem ser executadas por um homem só, isto é, sem o concurso continuado de outra pessoa;

2.ª Serem de facil aprendizagem;

---

[1] Alveolos (*stalls*, em inglez) são uma especie de guarita, dispostos em filas e de modo que os presos não podem vêr, nem para os lados, nem para cima.

3.ª Serem isentas de toda a causa de insalubridade;

4.ª Não serem puramente mechanicas e exercitarem quanto possivel a intelligencia, pondo ao mesmo tempo em acção as forças musculares;

5.ª Serem productivas para a administração;

6.ª Poderem proporcionar ao condemnado, depois do cumprimento da pena, meios de subsistencia para elle e sua familia.

Os presos, são em geral, encarregados da confecção e concerto dos moveis e utencilios de seu uso; dos trabalhos e concertos do estabelecimento; da cultura dos jardins; dos serviços domesticos em que não haja necessidade de se communicarem com os outros, e até mesmo de parte da escripturação do estabelecimento.

A ordem dos trabalhos é determinada, segundo a necessidade dos diversos generos de fabricação e segundo aquantidade das obras encommendadas. [1]

O trabalho é obrigatorio, como em todos os outros systemas penitenciarios.

O condemnado que ao entrar para a penitenciaria não souber officio algum, aprende a um, á sua escolha, comtanto que seja de accordo com a sua compleição physica, a juizo do medico do estabelecimento.

Na Belgica, o condemnado é obrigado a aprender um officio differente daquelle em que trabalhava quando commetteu o crime.

A razão desse medida regulamentar é para arredar o *liberado* do meio social, da convivencia com individuos entre os quaes elle foi levado a delinquir.

Os presos recebem gratificação pelo trabalho. Essa gratificação é distribuida, conforme a natureza do crime commettido e dividida em duas partes iguaes,

---

[1] Ha dous systemas: o da administração (*regie*) e o da arrematação (*entreprise*). Mas o preço da mão d'obra é regulado pela administração penitenciaria. Tem sido muito debatida a questão da concurrencia do trabalho penal com a industria livre. Na Belgica, como na França, e nos outros paizes que tem regimen penitenciario organisado, é preferido o systema da administração, não sómente por ser mais economico, como porque evita o contacto dos presos com os empregados do arrematante, contacto que accarreta o falseamento do systema cellular!

sendo uma para o Estado, afim de occorrer ás despezas do custeio do estabelecimento, e outra para o condemnado. Esta ainda é subdividida em duas partes iguaes: uma destinada a ser recolhida á caixa economica, e denomina-se *massa ou peculio de reserva ou de sahida*, outra que o preso póde despender em compras na *cantine*, e é denominada *peculio disponivel*. [1]

A tabella das gratificações é, geralmente, determinada por unidade de peso, medida ou quantidade, e, excepcionalmente, a jornal.

O director póde marcar tarefa a cada um dos presos e, neste caso, a gratificação só é concedida quando já está feito o minimo da tarefa.

Cada preso tem a sua conta corrente, segundo modelos approvados pela administração superior, na qual são lançadas a importancia das gratificações e das despezas mensaes na *cantine*, e, no fim de cada anno, os juros do peculio de reserva.

A duração do trabalho quotidiano é de dez horas e a do repouso é de oito.

Os sabbados, depois do meio dia, são consagrados ás medidas de ordem e de hygiene: distribuição de roupa lavada, mudança da roupa da cama, arrumação das cellas e serviço de limpeza, exercicios religiosos, inclusive a confissão, redacção dos themas escolares, etc.

Nos domingos, o despertar é mais tarde do que nos dias de trabalho. Os presos ouvem missa, recebem a visita dos membros da familia e dos amigos, mas sempre isolados, para o que os locutorios são divididos em pequenos compartimentos hermeticamente fechados e separados daquelles em que ficam os visitantes, por uma dupla ordem de grades de ferro, mediando o espaço de 25 a 30 centimetros e forradas de tela

---

[1] O peculio de reserva é entregue ao preso com os respectivos juros, no dia em que elle acaba de cumprir a pena. Do *peculio disponivel* se desconta, no fim da pena, a importancia das despezas judiciarias e do damno causado á victima do delicto. Raros, porém, são os presos que guardam esse peculio até o momento de sahirem da penitenciaria.

Actualmente, discute-se em França, na sociedade geral das prisões, o meio de assegurar esse pagamento de custas e de indemnisação.

Em Portugal, o salario é dividido em tres partes, sendo uma applicada, desde logo, ás despezas judiciarias e á indemnisação do damno resultante do delicto.

de arame, de modo a impedir a transmissão de qualquer instrumento ou escripto.

A's 10 horas assistem a conferencias feitas pelo director ou por um dos capellães, sobre assumptos de moral e de religião.

Depois do meio dia ouvem tocar por espaço de uma hora, o orgão da capella.

Nos outros dias, o tempo que não é empregado no trababalho industrial é dividido entre exercicios religiosos, de instrucção escolar, conferencias moraes, leitura e recreio, observando-se sempre a mais restricta separação individual, pois no regimen cellular os presos não podem communicar-se, sob pretexto algum. [1]

A classificação dos presos é dupla: material e moral.

A primeira é determinada pela natureza e diversidade de trabalhos, de maneira a approximar quanto possivel os detidos empregados nas mesmas industrias ou em industrias similares, e a facilitar assim a aprendizagem e a direcção do preso.

A classificação moral corresponde a diversos elementos susceptiveis de influir sobre a posição dos presos durante o cumprimento da sentença: natureza e duração da pena, gráo d'instrucção, conducta na penitenciaria.

Ha signaes particulares para distinguir os condemnados segundo a classe: esses signaes são collocados na face externa da porta da cella.

Cada preso é obrigado a trazer no peito, e de modo bem visivel, uma chapa com o numero da cella. Esta chapa o preso colloca por cima da porta do alveolo durante os exercicios escolares ou religiosos.

Os presos são submettidos a um regimen mais ou menos rigoroso, conforme as penas a que foram condemnados.

---

[1] Na Belgica o rigor chega ao ponto de não poderem os presos verem-se, pelo que, todos usam uma — *cagoule* — (mascara de panno branco de linho) que são obrigados a trazer sempre que sahem da cella, e só podem tirar quando se acham na capella, no locutorio ou no recreio.

Para o recreio ha divisões especiaes (*preaux*) com duas portas, uma de entrada, outra de communicacão com uma parte do jardim, onde os presos podem cultivar flores e fructos.

A aggravação ou adoçamento e moderação do regimen consiste:

1.° Na quota da gratificação;

2.° Na medida de participação do favor da *cantine*;

3.° No intervallo e numero das visitas e da correspondencia com o exterior.

Os condemnados por homicidio só podem receber visitas e corresponder-se por escripto depois de oito semanas. Si durante esse tempo tiveram bom comportamento, a prohibição é reduzida ao prazo de seis semanas, até que, perseverando elles no bom procedimento, chegam a receber as visitas e a corresponder-se por carta, uma vez por semana.

A não ser como recompensa e estimulo ao bom procedimento, os presos não podem escrever ou receber senão uma carta:

a) Por quinzena quando a pena é a de prisão correccional ou detenção;

b) De mez em mez, quando a pena é da reclusão;

c) De dous em dous mezes, quando a pena é a de trabalhos forçados.

As cartas são lidas pelo director, na sahida e na entrada, as que o director julga não deverem ser expedidas ou recebidas são entregues á commissão de inspecção, para esta resolver sobre o seu destino.

O regimen alimentar é o seguinte:

Todos os dias o preso recebe, pela manhã, meio litro de chicoria com leite e 600 grammas de pão de trigo; ao meio dia, caldo com carne cortada em pequenos pedaços e batatas, trez vezes por semana, e nos outros dias sôpa de ervilhas ou de feijão verde; ás cinco horas no inverno, e as cinco e meia, no verão, batatas e outros legumes.

Podem comprar na cantine meio litro de cerveja, um pouco de toucinho e de manteiga, duas vezes por semana. [1]

A cada preso abre-se, em livro especial, um *computo moral*, baseado nas informações transmittidas pelo ministerio publico e autoridades locaes, no resultado do interrogatorio e exame pelos quaes passou o

---

[1] Nas penitenciarias francezas distribue-se aos presos cerveja ou cidra e se lhes permitte comprarem na *cantine* meio litro de vinho e um pouco de toucinho, duas vezes por semana.

condemnado, na occasião de entrar na penitenciaria, e em outras informações ministradas sobre os seus antecedentes e a sua posição.

Em seguida a essas informações, e a partir do primeiro dia da entrada do condemnado na prisão, inscreve-se nesse mesmo livro, sob titulos diversos, as notas relativas á sua conducta, seus actos meritorios, recompensas obtidas, faltas commettidas e punições soffridas.

A inscripção no *computo moral* é feita á vista de notas de registros particulares ou livros de apontamentos do director, dos vice-directores, professores e dos outros empregados que se acham mais no caso de estudar o caracter e de constatar a conducta e os progressos do condemnado.

As recompensas e punições são escriptas, em livro especial, segundo os motivos que as determinaram independente da menção que dellas se haja feito no *computo moral* do preso.

Este registro é apresentado á commissão inspectora em cada uma de suas sessões, e aos delegados da administração superior, por occasião de suas visitas.

Esse mesmo registro, como o *computo moral* é consultado sempre que se trata de conceder recompensas, inflingir castigo ou recommendar o condemnado á clemencia real.

No fim do anno é enviado á administração superior um resumo do *computo moral* de cada preso.

As recompensas á bôa conducta, á applicação ao trabalho e ao estudo e as acções meritorias são :

1.º Admissão aos empregos de confiança, ao serviço domestico e a certos trabalhos excepcionaes;

2.º Alargamento do favor das visitas e da correspondencia epistolar;

3.º Autorização do uso do tabaco ou do rapé; *

4.º Permissão de certas distracções, donativos de livros, estampas, utencilios, etc.;

5.º Augmento de gratificação;

6.º Concessão de graça e reducção da pena.

Estas duas ultimas são pedidas pela commissão inspectora ao ministro da justiça; mas, salvo cir-

* Os presos, ainda neste caso, só pódem fumar durante o recreio.

cumstancias particulares e excepcionaes, só podem ter logar em favor de condemnados, que tenham cumprido, pelo menos, a terça parte da sentença, que tenham bôa conducta e hajam dado provas de arrependimento sincero e de firme desejo de emendar-se.

As penas disciplinares são:

1.º Privação do trabalho, da leitura, das gratificações, da *cantine*, das visitas e da correspondencia epistolar;

2.º Jejum a pão e agua;

3.º Reclusão em cella especial ou em cella escura, com ou sem jejum;

4.º Suspensão das recompensas que tenham sido concedidas pelo bom procedimento, applicação ao trabalho e ao estudo.

Quando o jejum a pão e agua é por mais de tres dias, suspende-se no fim do 3º o dia por 24 horas, e durante estas o recluso recebe a alimentação ordinaria.

O recluso é visitado todos os dias pelo vice-director ou pelo chefe dos guardiães, pelo medico, por um dos capellães e pelos commissarios de mez, e si cahe doente suspende-se o castigo até o restabelecimento da saude.

As penas disciplinares são impostas pelo director, depois de ouvido o deliquente, salvo si a falta é tal que mereça a punição em cella especial ou escura, por mais de 14 dias, caso em que, á vista do relatorio do mesmo director, a commissão inspectora, esta póde fazer prolongar a reclusão até um mez e ao mesmo tempo determinar o regimen ao qual deve ser submettido o recluso. E' tambem a commissão que decide si devem ser reduzidas ou supprimidas as gratificações.

As visitas diarias aos condemnados obedecem ao seguinte detalhe:

O director visita 25; os vice-directores, 50; os tres capellães, 150; os dous medicos, 25; os dous professores, 50; o chefe dos guardiães, 25.

As *sociedades de patrocinio dos liberados* e as *de ensino* enviam seus membros, em visita á penitenciaria, em dias determinados.

Um *conselho de vigilancia*, composto dos homens mais notaveis da cidade e de professores da Univer-

sidade, reune-se frequentemente, para delegar a alguns de seus membros o direito de inspeccionar a penitenciaria.

Emfim, o regulamento da prisão determina que o condemnado receba, por semana, pelo menos, tres visitas dos empregados.

As visitas das corporações já referidas, os presos as recebem mesmo na cella.

Pódem, além disso, pedir, a qualquer hora do dia, a visita do director, dos vice-directores, do capellão ou de um dos commissasios de mez, e os guardiães de serviço são obrigados a transmittir immediatamente o pedido.

Pódem tambem dirigir queixas ou reclamações ao director, á commissão inspectora, aos commissarios de mez e ás autoridades administrativas superiores.

Para deposito dessas reclamações ha, em logares por onde os presos passam todos os dias para o recreio, caixas especiaes, cujas chaves são confiadas aos commissarios de mez, que por occasião das visitas diarias abrem as ditas caixas e fazem encaminhar as queixas e reclamações aos seus destinatarios.

* * *

Alguns dias antes de ser posto em liberdade, o condemnado é visitado com mais frequencia pelo director, vice-directores, capellães e professores, que o fortalecem nas boas resoluções em que, por ventura, se ache, e lhe dão conselhos sobre sua conducta futura.

Recebe tambem a visita dos membros ou do delegado das *sociedades de patrocinio*; emfim, é submettido a um exame, destinado a constatar os resultados da detenção, e cujo resumo é lançado no seu *computo moral*.

Ao approximar-se o termo de cumprimento da sentença, o condemnado deve declarar ao director o logar onde vae fixar sua residencia; si tem de ficar sob a vigilancia da policia. O director guia-o na escolha desse logar, e dá-lhe instrucções acerca das consequencias de sua permanencia nos logares que lhe são interdictos pela sentença.

Si o condemnado recusa-se a fazer aquella declaração, o director lhe designa para residencia o seu ultimo domicilio, e si este logar é interdicto, por ter o *liberado* de ficar sob a vigilancia da policia, cabe ao ministerio publico indicar outro, que seja mais conveniente aos interesses do *liberado* e da sociedade.

Os *liberados* que tiverem bom comportamento durante o cumprimento da sentença, são recebidos pelas *sociedades de patrocinio* e por estas empregados nos seus estabelecimentos industriaes, ou em quaesquer outros, mediante recommendação das mesmas sociedades.

Os condemnados trazem o cabello cortado à escovinha e a barba e bigodes rapados; mas, dous mezes antes de terminar a pena, lhes è permittido deixal-os de novo crescer.

***

Ha uma caixa de socorros aos presos, que, na occasião de serem postos em liberdade, não tenham meios de subsistencia, por não haverem podido, por motivos independentes de sua vontade, accumular uma somma sufficiente para satisfazer suas primeiras necessidades.

A conta da receita e despeza dessa caixa é remettida, todos os annos, á administração superior, com a conta geral do estabelecimento.

***

A proporção que a lei belga estabelece para reducção da pena de prisão cellular é esta:

3/12 no 1º anno;
4/12 no 2º, 3º, 4º e 5º;
5/12 no 6º, 7º, 8º e 9º;
6/12 no 10º, 11º e 12º;
7/12 13º e 14º,
8/12 15º e 16º;
9/12 no 17º, 18º, 19º e 20º.

Dessa reducção resulta que o condemnado a um anno de prisão cumpre apenas nove mezes; o condemnado a dous annos desconta tres mezes no 1º

anno e quatro no 2º; portanto, só cumpre 17 mezes de prisão, e assim successivamente. [1]

Os condemnados á prisão perpetua cumprem a pena na cella, durante dez annos, e findo este estadio são transferidos para a prisão de Gand, [2] ou para outras do mesmo regimen.

Muitos dos condemnados que, passado o estadio de dez annos em Louvain, são tranferidos para as prisões do regimen em commum, pedem para voltar a Louvain. [3]

A alguns d'elles perguntei porque não haviam ficado em Gand, e foi-me respondido: «Porque lá encontrei gente peior do que eu. Porque aqui (em Louvain) a cella é melhor. Porque já estou habituado ao silencio e não tenho passado mal».

Interrogando a uns 15 ou 16 presos sobre as visitas que lhes eram mais uteis e agradaveis, quasi todos me responderam serem as dos capellães. [4]

Em Gand encontrei presos que me disseram ter já requerido para regressar a Louvain.

Quando visitei a penitenciaria de Louvain (julho de 1895). as notas que me foram ministradas sobre o estado sanitario consignavam a média annual de 1,61°/₀ de obitos durante 30 annos, ao passo que a das prisões em commum — Gand, Vilvorde S. Bernardo — era de 2.95°/₀ durante o mesmo periodo.

---

[1] A lei que regula a substituiçao do regimen em commum pelo cellular é de 4 de março de 1870.

[2] Gand é a mais vasta penitenciaria do regimen commum que existe no continente. E dividida em 8 *quartiers* tres dos quaes sao para os condemnados menores de 21 annos.

Os condemnados transferidos de Louvain sao recolhidos a um *quartiero* especial.

Basta visitar este *quartier* para notar-se a impossibilidade material de impedir, absolutamente, a communicaçao entre os presos. As cellas nro se comparam com as de Louvain e St. Gilles: sao menores e nao seo aquecidas.

[3] Na penitenciaria de Louvain cumprem sentença os condemnados: 1º, a mais de 3 annos de prisão correccional; 2º, á reclusão; 3º, a trabalhos forçados.

Ella contém 596 cellas, cuja cubagem de ar, é de 30 metros.

Na penitenciaria de St. Gilles são cumpridas as penas de 1 a 5 annos da prisão. Essa penitenciaria tem 600 cellas, e era até 1898 a mais luxuosa de Europa. Hoje é a de Fresnes, penitenciaria franceza recentemente construida e da qual já fallei.

[4] Em St. Gilles obtive a mesma resposta.

Vi condemnados que já tinham cumprido 6, 8, 10, 14, 18 e até 21 annos de prisão cellular, e não lhes notei signaes caracteristicos de decadencia physica ou moral.

*
* *

Bastariam esses factos, para mostrar que a prisão cellular não exerce no animo do condemnado a *influencia nefasta* que lhe attribuem os adversarios do systema da separação individual, com isolamento continuo.

Porém, como é esse o lado pelo qual ella tem sido mais combatida, torna-se necessario patentear, aos menos versados na sciencia penitenciaria, os importantissimos documentos, colligidos para defeza do moderno systema cellular, pelos homens mais competentes e que, por espirito de dever e de caridade, se interessam pela emenda e rehabilitação dos condemnados.

Alguns, como o illustre senador Beranger, o sr. A. Rivière, distincto secretario geral da Sociedade Geral das Prisões, com séde em Paris, o Dr. Auguste Voisin, medico da Salpêtrière, em Paris, o Dr. Clairin, advogado perante a côrte de appellação de Paris, e o Sr. J. Drieux, substituto do procurador geral em Orleans, para melhor combaterem e anniquilarem os argumentos dos adversarios do systema cellular, visitaram a prisão central de Louvain, e trouxeram á Sociedade Geral das Prisões o resultado de suas observações.

Todos affirmam que a prisão cellular, como é praticada na Belgica, é o melhor, senão o unico meio de corrigir o delinquente e de prevenir a reincidencia.

*
* *

Em brilhante — Memoria — lida perante a Academia de Medicina de Paris *sobre o estado intellectual, moral e physico dos detidos nas prisões cellulares de St. Gilles, Louvain e Malines* (*),

(*) Prisão cellular para homens e mulheres, com *quartiers* separados.

o illustre Dr. A. Voisin reunio, em grande cópia, dados importantes colhidos por occasião de sua visita a essas penitenciarias da Belgica.

Não tendo sido até hoje contestados esses dados, podemos consideral-os como prova provada da — sem razão — com que os adversarios da prisão cellular combatem este systema penitenciario.

Depois de haver dado a nomenclatura de 32 condemnados, por elle examinados na prisão central de Louvain, com relação a indole, gráo de correcção, effeito do isolamento, o distincto medico alienista e penologo trata do estado physico dos mesmos condemnados e apresenta um quadro demonstrativo do peso de cada um, na occasião da entrada e da sahida do estabelecimento penitenciario.

« Poder-se-ia suppor, diz elle, que é máo o estado physico do condemnado, depois de dez e mais annos de prisão cellular; mas, assim não acontece. Examinei cada um dos detidos e não achei senão uma diminuição bastante sensivel do tecido adiposo. A força muscular não havia diminuido, pois o *dynamometro* marcou, sob a pressão da mão — de 40 a 60 kilos. O peso tambem não havia diminuido de modo sensivel, e o de alguns augmentou mesmo. E' assim que, de 32 detidos, que já tinham cumprido mais de 10 annos de cella, o total do peso que era, por occasião da entrada na penitenciaria,— 2.152 kilos e 1/2, era no dia da minha visita, 2,130 e 1/2, isto é, 22 kilos de menos.

« Eis o quadro demonstrativo do peso de cada um:

Iniciaes dos condemnados	Peso na entrada	Peso na occasião da visita	Tempo decorrido
L. C..........	64 kilos	61 kilos	12 annos 2 mezes
D. M..........	75 »	80 »	15 » 3 »
D. S..........	63 »	55,5 »	11 » 4 »
D. P..........	68 »	69 »	17 » 8 »
B. M..........	72 »	65 »	13 » 5 »
P. S..........	78 »	83,5 »	15 » 5 »
W. M..........	67 »	55,5 »	14 » 7 »
T. I..........	70 »	65,5 »	16 » 3 »

V. I..........	66	kilos	65	kilos	12	annos	4	mezes
I. T..........	71	»	71	»	10	»	7	»
M. R..........	68	»	71	»	10	»	4	»
F. H..........	72	»	77,5	»	11	»	2	»
C. A..........	79,5	»	79	»	13	»	5	»
G. A..........	59,5	»	58,5	»	10	»	4	»
D. E..........	79	»	83	»	20	»	8	»
S. C..........	69	»	66	»	11	»	2	»
D. L..........	63	»	61	»	10	»	9	»
D. L..........	64,5	»	69,5	»	10	»	8	»
T. L..........	70	»	68	»	11	»	3	»
V. C..........	68	»	67	»	16	»	2	»
D. P..........	68	»	68	»	13	»	7	»
D. L..........	68	»	68	»	10	»	4	»
L. I..........	63,5	»	56	»	10	»	8	»
D. G..........	73	»	73	»	11	»	3	»
N. J..........	72	»	69	»	16	»	2	»
G. J..........	61	»	60	»	12	»	3	»
S. J..........	62,5	»	62,5	»	11	»	1	»
V. J..........	58,5	»	55	»	15	»		
S. J..........	58,5	»	59,5	»	14	»	2	»
B. C..........	64	»	74	»	11	»	3	»
P. J..........	64	»	60,5	»	13	»		
D. H..........	65	»	62	»	11	»	5	»
	2.152,5		2.130,5					

Parecendo-me importante, para o fim de que tenho em vista, a edade dos condemnados examinados pelo eminente medico alienista, vou dal-a de accordo com as declarações deste, na alludida Memoria:

Iniciaes dos presos	*Edade, na data da visita do Dr. Voisin*
L. C............................	54 annos
D. M............................	56 »
D. S............................	Não consta edade
D. P............................	45 annos
B. H............................	32 »
P. S............................	43 »
W. H............................	38 »
T. I............................	21 »
V. I............................	39 »

I. T............................	Não consta edade
M. R............................	47 annos
F. H............................	48 »
C. A............................	Não consta edade
G. A............................	31 annos
D. E............................	36 «
S. C............................	34 »
D. I............................	52 »
D. L............................	Não consta edade
T. I............................	51 annos
V. C............................	30 »
D. P............................	40 »
D. L............................	36 »
L. L............................	58 »
D. G............................	46 »
N. J............................	52 »
G. J............................	54 »
S. J............................	42 »
V. J............................	51 »
S. J............................	42 »
B. C............................	58 »
P. J............................	56 »
D. H............................	61 »

Relativamente ao estado moral e intellectual, manifestou-se o distincto alienista nos seguintes termos:

« Da observação dos condemnados de Louvain, que já cumpriram de 10 a 20 annos de prisão, se póde legitimamente tirar as seguintes conclusões:

« Seu estado moral é satisfactorio.

« Todos, salvo um ou dous, me declararam preferir cumprir a pena na cella a fazel-o em qualquer prisão *em commum*, onde se exporiam a punições disciplinares resultantes do contacto com os outros detidos.

« Todos manifestam, senão verdadeiro contentamento, uma alegria communicativa. Trabalham voluntariamente. Muito poucos me disseram que se achavam enfastiados.

« De seu estado moral póde-se ainda julgar pelo pequeno numero de castigos disciplinares.

« Durante tres annos, o numero de condemnados punidos foi de 203 sobre 911, que nesse mesmo periodo constituiam a população penal da prisão.

« Quanto ao estado intellectual, todos teem intelligencia commum e exprimem-se bem Muitos que não sabiam lêr quando entraram na penitenciaria, chegaram

em pouco tempo á sexta classe, que é a mais elevada, e mostram, na aprendizagem do officio, intelligencia sufficiente.

« Durante 30 annos falleceram apenas 357 condemnados, tendo sido de 570 a média da população penal. Comprehende-se naquelle numero — 34 casos de suicidio, o que dá a proporção de 1,7 % cada anno. Convém notar que os detidos teem á sua disposição, na cella, instrumentos (ferramentas e utencilios do officio em que trabalham).

« Em alguns annos não se deu um só suicidio (1866, 1869 e 1871).

« Durante os mesmos 30 annos houve apenas 30 casos de alienação mental. »

O eminente medico declara que examinou os registros da prisão de Louvain, para saber em que condições se deram esses casos de suicidio e de alienação mental; si os condemnados apresentavam alguns symptomas physicos ou mentaes, na occasião de entrarem na penitenciaria; si tinham antecedentes morbidos e quaes as causas reaes do suicidio e da loucura.

As conclusões das observações cuidadosamente feitas referem-se aos condemnados que já haviam cumprido mais de 10 annos de prisão, e constam dos seguintes estudos analyticos :

« ESTUDO ANALYTICO DOS CASOS DE SUICIDIO

« Cada processo contém um certificado redigido pelos dous medicos da penitenciaria, na occasião da entrada do condemnado. Comprehende-se a importancia desses certificados, passados sem idéa preconcebida.

« Delles verifiquei que cinco condemnados eram de genio sombrio ;

Quatro eram de intelligencia fraca e apoucada ;

Cinco já levavam a idéa do suicidio ;

Tres eram melancholicos ;

Quatro eram bebedos por habito ;

Dois soffriam de molestia das vias urinarias ;

Quatro eram *mal equilibrados* e de uma immoralidade cynica.

« Resulta desta enumeração que quasi todos os condemnados que se suicidaram apresentavam antece-

dentes morbidos, ou um estado de molestia e degenerescencia, na occasião da entrada na prisão.

« Dahi póde-se legitimamente concluir que não se deve attribuir á prisão cellular, mais do que a *qualquer outra causa*, os 34 casos de suicidio de que me occupo.

« Demais, a estatistica dos casos de suicidio nas *prisões communs* da Belgica, prova que a proporção dos suicidios é mais elevada — 2,65 °/₀ do que nas prisões cellulares.

« Pelo quadro a seguir se póde vêr que mais da metade dos 34 casos tiveram logar nos doze primeiros mezes:

1	teve	logar	no	fim	de	1	mez
2	»	»	»	»	»	6	semanas
4	»	»	»	»	»	4	mezes
2	»	»	»	»	»	6	»
4	»	»	»	»	»	8	»
4	»	»	»	»	»	9	»
3	»	»	»	»	»	12	»
3	»	»	»	»	»	19	»
1	»	»	»	»	»	24	»
2	»	»	»	»	»	33	»
2	»	»	»	»	»	3	annos
2	»	»	»	»	»	4	»
1	»	»	»	»	»	5	»
2	»	»	»	»	»	6	»
1	»	»	»	»	»	8	»

« OBSERVAÇÕES SOBRE OS SUICIDAS:

M., soldado, foi condemnada na edade de 27 annos por furto de artigos militares, a tres annos de prisão.

O certificado medico de entrada declara que elle era surdo, pallido, doentio. Enforcou-se, 3 mezes depois na grade da cella. Tinha soffrido inumeras punições decretadas pelo conselho de guerra.

T., condemnado na edade de 33 annos, por crime de roubo, a oito annos de prisão. Era debochado e vagabundo. Soffria das vias urinarias. Enforcou-se depois de 8 mezes.

B., condemnado na edade de 21 annos, por estupro, a trabalhos forçados. Enforcou-se, 3 mezes depois.

D. M., soldado, condemnado na edade de 21 annos pelo conselho de guerra, por venda de artigos militares, a tres annos de prisão. Era de fraca intelligencia e foi mendigo desde tenra edade. Havia soffrido diversos castigos no regimento, e mesmo condemnações.

G., soldado;, condemnado aos 30 annos de edade, pelo conselho de guerra, por deserção, a tres annos de prisão. O certificado medico de entrada declarava-o de caracter fraco e variavel, e genio sombrio, Foi innumeras vezes punido no regimento.

B., soldado, condemnado com 19 annos pelo conselho de guerra, a dous annos de prisão. Enforcou-se 6 mezes depois. Confessara ao capellão — que *desde a infancia* tinha a monomania do suicidio. Ainda no regimento quiz tentar contra a existencia, quando téve noticia de sua *degradação*. Conducta pessima como militar. Tinha genio sombrio e taciturno.

G., soldado, condemnado na edade de 31 annos, por venda de artigos militares, a dous annos de prisão. Entrou na penitenciaria a 14 de março de 1863; enforcou-se a 4 de janeiro de 1864. Encolerisava-se quando lembrava-se que tinha de voltar ao serviço militar, logo que cumprisse a sentença. O certificado medico declara ter elle manifestado, desde o mez de setembro de 1863 a intenção de suicidar-se.

No dia 28 de dezembro dera signaes de loucura; passou o dia a orar e dizia *querer morrer como bom christão*.

O capellão declarou que elle era de genio violento e tinha profunda aversão ao serviço militar. Negocios de familia o atormentavam e lhe inspiravam pensamentos sombrios.

Soffrera numerosos castigos no regimento.

G., soldado, condemnado em 6 de fevereiro de 1865, com 31 annos de edade, por crime de roubo no domicilio, a tres annos de prisão. Entrou na penitenciaria a 7 de junho de 1865. Enforcou-se a 16 de outubro do mesmo anno. Fôra punido muitas vezes, no regimento.

F., soldado da divisão de disciplina, condemnado a 22 de maio de 1866, por crime de roubo, a dous annos de prisão.

Entrou em Louvain a 19 de setembro de 1866, na edade de 23 annos. Enforcou-se a 25 de fevereiro de 1867. Foi innumeras vezes punido no regimento. Desgostara-se do serviço militar. Era immoral.

Sch., empregado de fazenda de criação de gado; condemnado á morte, aos 35 annos de edade por crime de incendio. A pena foi commutada em 30 annos. Entrou na prisão a 29 de novembro de 1866, suicidou-se a 1 de julho de 1867. Tinha maneiras singulares fugia á sociabilidade, andava sempre só, era exaltadissimo. Dizia que todos fallavam mal delle. Na prisão manifestava-se aborrecido de viver, e dava-se ao onanismo.

R., de 25 annos de edade, condemnado a 5 annos de prisão, por crime de roubo. Entrou na prisão a 6 de maio de 1865, enforcou-se a 11 de agosto de 1867, Antes da condemnação tinha pessima reputação e parecia embrutecido.

S., ferreiro, de 20 annos de edade, condemnado a 5 annos de prisão, por crime de roubo. Entrou na prisão a 15 de março de 1867. Enforcou-se a 16 de abril de 1868. Vivia desgostoso pela morte do pae, que tivera logar havia pouco tempo.

H., trabalhador rural, de 25 annnos, condemnado a trabalhos forçados perpetuos, por crime de roubo na via publica. Entrou na penitenciaria a 26 de fevereiro de 1866, enforcou-se a 10 de junho de 1868. O professor informou que elle era immoral, preguiçoso e de maós instinctos. O capellão dizia que elle tinha um genio exquisito e desconfiado; emfim, que era *desequilibrado*. Não podia estar no meio dos outros condemnados; quando passou algum tempo na prisão commum, tiveram de separal-o.

D., soldado, de 23 annos de edade, condemnado a 28 de outubro de 1867 pelo conselho de guerra, a 3 annos de prisão, por deserção e venda de utensilios militares. Entrou em Louvain a 11 de fevereiro de 1868, enforcou-se a 24 de dezembro do mesmo anno. O professor informou que elle não possuia instrucção alguma, era de curta intelligencia e mesmo estupido. O capellão referia que elle tinha genio sombrio.

Gp., mechanico de 35 annos de edade, condemnado a 29 de junho de 1870, a 8 annos de prisão, por attentado ao pudor contra uma sua filha, menor de 14 annos. Entrou na prisão a 12 de agosto de 1870, enforcou-se a 26 de setembro do mesmo anno. Deixára escripto sobre a mesa: « Clara, não podia viver sem ti e os filhos; tu vendeste meu corpo á justiça para ficares livre. Vou para o céo. Adeus! »

O professor e o capellão affirmam que elle tinha genio triste e meditabundo.

V., soldado, de 18 annos de edade, condemnado, por offensas physicas, a 15 annos de prisão, a 23 de janeiro de 1868, enforcou-se á 7 de março de 1871. Soffreu innumeras punições no regimento. Conducta anterior, sempre pessima.

C., de 19 annos de edade, soldado, condemnado a 9 de novembro de 1870, a 3 annos, por deserção e furto de utensilios militares. Entrou na penitenciaria a 19 de dezembro de 1870, enforcou-se a 7 de agosto de 1871. Foi punido innumeras vezes no regimento.

D., soldado, de 28 annos de edade, condemnado a 30 de julho de 1870, a 6 annos de prisão, por deserção e furto de utensilios militares. Entrou em Louvain a 19 de outubro de 1870, suicidou-se a 2 de dezembro de 1872. A condemnação produziu grande impressão no animo deste detido. A noticia da morte de uma irmã levou-o a commetter o attentado. Era ebrio. Soffreu dez castigos e quatro condemnações no regimento.

P., caldeireiro, de 44 annos de edade, condemnado a 3 annos de prisão, por furto. Entrou na prisão a 20 de outubro de 1871, enforcou-se a 29 de dezembro de 1879. O medico attestou alienação mental anterior (febre acompanhada de delirio). Conducta pessima.

V., de 41 annos de edade; condemnado a 30 de setembro de 1867, a 10 annos de prisão, por crime de roubo. Entrou em Louvain a 9 de dezembro de 1872, enforcou-se a 18 de janeiro de 1873. Conducta anterior má. Embriagava-se.

De., de 28 annos, condemnado a 7 de agosto de 1873 a 8 annos de prisão, por ferimentos. Entrou na prisão a 23 de outubro de 1873, suicidou-se a 23 de abril de 1874. Queixava-se constantemente da sorte. Se dizia innocente.

Do., criado, de 41 annos de edade, condemnado a 12 de março de 1871, a 8 annos de prisão, por crime de roubo na via publica. Entrou na penitenciaria a 7 de março de 1877, enforcou-se a 16 de maio do mesmo anno.

Ja., guarda, de 52 annos de edade, condemnado a 10 de junho de 1873 a trabalhos forçados perpetuos, por assassinato. Entrou na prisão a 15 de agosto de 1873, suicidou-se a 4 de julho de 1879.

V., açougueiro, de 53 annos de edade, condemnado a 14 de abril de 1877, a 10 annos de prisão, por crime de roubo. Entrou em Louvain a 15 de julho de 1877, suicidou-se fazendo incisões na trachéa e nos vasos do pescoço, a 13 de outubro de 1881. Soffreu grande contrariedade com o casamento de um filho.

Seh., jornaleiro, de 23 annos de edade, condemnado a 8 de agosto de 1875, a 13 annos de prisão, por crime de roubo na via publica. Entrou na penitenciaria a 6 de dezembro de 1876, enforcou-se a 5 de novembro de 1881. Era um dos detidos mais indisciplinados. Não tinha a ideia do suicidio, antes da entrada na prisão, mas deu-se ao onanismo e isto produziu-lhe grande enfraquecimento physico e intellectual. Teve sempre pessima conducta, era libertino. Soffreu tres condemnações antes de chegar a Louvain.

Sno., charuteiro, de 45 annos de edade, condemnado, a 23 de julho de 1880, a 15 annos de prisão, por tentativa de assassinato. Entrou na prisão a 15 de julho de 1882, enforcou-se a 27 de abril de 1883. Era de intelligencia apoucada, e, além disso, bebedo por habito. Vivia em desharmonia constante com a mulher.

B., soldado, de 28 annos de edade, condemnado a 21 de março de 1881, a 10 annos, por tentativa de incendio. Entrou em Louvain a 7 de abril do mesmo anno, enforcou-se a 24 de novembro de 1884. As notas da prisão declaram que elle era de intelligencia fraquissima e um tanto *dètraqué*. Dava-se ao onanismo; soffreu innumeras punições e condemnações no regimento.

S., jornaleiro, de 30 annos de edade, condemnado a 23 de maio de 1880, a 10 annos de prisão, por tentativa de morte. Entrou em Louvain a 30 de julho de 1884, enforcou-se a 13 de abril de 1885. A condemnação acabrunhou-o muitissimo. Era pouco communicativo.

Ter., jornaleiro, de 33 annos, condemnado a 20 de junho de 1882, a 15 annos de prisão, por estupro. Entrou em Louvain a 19 de agosto de 1882, enforcou-se a 24 de maio de 1884. As notas da prisão davam-n'o como pusilanime e preguiçoso. Dizia sempre que *era mais facil matar-se do que trabalhar*.

T., soldado, de 26 annos; condemnado a 18 de outubro de 1883, a 5 annos, por crime de roubo. Entrou em Lonvain a 27 de outubro do mesmo anno,

enforcou-se a 20 de agosto de 1885. A condemnação fez-lhe grande impressão.

Pr., sapateiro, de 31 annos, condemnado, a 30 de julho de 1884, a 10 annos de prisão, por homicidio. Entrou na prisão a 15 de agosto do mesmo anno, enforcou-se a 30 de março de 1886. O medico attestou que elle dava-se muito ao onanismo e que era fraco de espirito e de corpo. Recusava quasi sempre a alimentação. Queixava-se de males imaginarios e não se conformava com a condemnação. Em novembro de 1885 disse « ter ouvido a voz do telephone que lhe fallava pelo ventilador e o aconselhava a enforcar-se ».

F., pedreiro, de 51 annos, condemnado, a 9 de fevereiro de 1886, por estupro, a 15 annos de prisão. Entrou na prisão a 15 de março de 1886, suicidou-se a 25 de dezembro do mesmoanno. Soffria muito de rheumatismo chronico dolorosissimo e, além disso, de um abcesso no perineo. Tinha genio sombrio e tristonho.

D., soldado, de 30 annos, condemnado a 19 de dezembro de 1884, por falsificação do sinete do regimento. Entrou em Louvain a 17 de janeiro do 1885, enforcou-se a 28 de outubro de 1887. As notas da prisão davam-n'o como sonso e dissimulado, indifferente a tudo. Dava-se ao onaismo de modo desenfreiado, resultando-lhe disso grandissima debilidade intellectual. Alguns dias antes do suicidio dizia-se perseguido por idéas de assassinato. Não se verificou a seu respeito hereditariedade morbida. Havia sido condemnado mais de uma vez.

C., alfaiate, de 45 annos de edade; condemnado á morte, por assassinato, a 28 de julho de 1887. A pena foi commutada em trabalhos forçados perpetuos. Entrou em Louvain a 31 de agosto de 1887, enforcou-se a 12 de outubro do mesmo anno. A condemnação causou-lhe grande abalo. Culpava a mulher de sua desgraça. As informações do procurador do rei davam-n'o como homem malvado, vingativo e perigosissimo. Manteve nas audiencias e perante o jury attitude cynica.

« ESTUDO ANALYTICO DOS CASOS DE LOUCURA

« Do mesmo modo que nos *casos de suicidio*, cada processo contém um certificado medico redigido na occasião da entrada do condemnado na penitenciaria.

« Desses certificados resulta: que sete condemnados davam signaes bem caracterisados de tara mental hereditaria.

« Oito eram de fraquissima intelligencia.

« Tres padeciam de lesões cardiacas.

« Onze apresentavam qualquer perturbação mental.

« Parece-me de summa importancia observar que esses 29 condemnados que vieram a tornar-se alienados achavam-se todos affectados de — hereditariedade morbida ou de desordens mentaes em qualquer gráo — quando entraram na penitenciaria.

« Não é possivel, não se póde, pois, attribuir a loucura ao regimen cellular.

« Eis as observações por mim feitas a respeito de cada um:

T., empregado rural, condemnado em 1881, na edade de 21 annos, a trabalhos forçados perpetuos, por homicidio. A nota de entrada feita pelo medico é a seguinte: Intelligencia fraca, devido em parte ao onanismo.— Não tendo deixado esse vicio hediondo na prisão veio a cahir em tal estado de debilidade mental e de magreza, que foi necessario transferil-o para o asylo de Tournai.

Na occasião da entrada em Louvain, verificou-se tambem que elle não possuia a minima instrucção e apresentava no *sternum* a cicatriz de uma ferida cancerosa.

Um certificado de 1886 continha a nota de — *embotamento — estupidez — palavras lentas e por vezes incoherentes — falta de memoria — respostas hesitantes e vagas.*

Ru..., condemnado em 1883, na edade de 27 annos, a 10 annos de trabalhos forçados por crime de incendio. Era bufarinheiro. O certificado medico da entrada foi passado pelos Drs. Van Rochoudt e Hulin, e declara: — Intelligencia fraca, quasi analphabeto — o estado de ingenuidade parva parece ser o resultado de uma febre typhoide anterior. Desde a sua entrada na prisão apresentou signaes de aliençâo mental.

Não se verificou hereditariedade morbida. Já tinha sido condemnado a 5 annos de prisão, por crime de incendio.

Um segundo certificado, assignado pelos mesmos medicos deu-o por idiota e mandou-o transferir para Tournai.

Pa..., condemnado na edade de 24 annos, em 1874, á pena de morte, que foi commutada na de trabalhos forçados perpetuos. « O certificado medico da entrada consigna — genio sombrio. Em 1881, novo attestado declarava: — elle *imagina que acaba de ser agraciado e que está livre*. Alguns mezes depois um terceiro attestado provocou a transferencia para Tournai — *por soffrer de allucinações* e *monomania da perseguição*.

Não se verificou hereditariedade morbida. Não tivera outra condemnação.

He..., agricultor, condemnado na edade de 55 annos, em 1877, a trabalhos forçados perpetuos, por crime de morte. O certificado de entrada declarava que elle tinha intelligencia curtissima, lia muito mal, e que verificava-se a seu respeito a hereditariedade morbida.

Um segundo certificado que foi junto ao respectivo processo consigna — um estado de loucura, pouco depois de sua entrada, carecterisado por incoherencia nas idéas e nas palavras. Por fim, um terceiro attestado de demencia ordenou a transferencia para o asylo de Tournai, em 1884..

X..., condemnado na edade de 23 annos, em 1866, á morte, por homicidio e roubo, pena commutada na de trabalhos forçados perpetuos. O certificado medico da entrada declara que elle era extremamente magro, de physionomia doentia, *paraplegico*, em consequencia de uma *myelite*. Indisciplinado, ameaçador e de má conducta. Dava-se ao onanismo e a outros actos immoraes. Apresentava singularidades nas idéas e nos modos. Soffria de *allucinações*. Chegou a fabricar um instrumento cortante, *para vingar-se* de seus perseguidores *imaginarios*. Um segundo attestado declarando que elle soffria de *allucinações* e *delirio da perseguição*, determinou a transferencia para Tournai, em 1878. Não tivera condemnação anterior.

Fa..., sapateiro, condemnado, na edade de 23 annos, em 1881, a 8 annos de reclusão, por crime de roubo com escalada. Desde a entrada na penitenciaria foi considerado alienado, pelos medicos Van Rochoudt e Hulin. O certificado declara — *intelligencia embotada, genio rebelde*.

Era indisciplinado, recusava o recreio, não se deixava barbear, nem cortar os cabellos, e não queria

trabalhar. Dava-se ao onanismo. Era notorio o seu procedimento deante das raparigas e de outras pessoas da sua familia. Antecedentes pessoaes — máos. Era preguiçoso. Em 1884, um segundo attestado, considerando-o idiota e demente, ordenou sua transferencia para Tournai. Heriditariedade morbida cerebral. Sete condemnações anteriores.

Vez..., negociante, condemnado na edade de 29 annos, em 1874, por fallencia fraudulenta. Sua conducta foi sempre má. Desde a entrada na prisão notou-se incoherencia nos seus modos. Um attestado de 14 de maio de 1875 declarou-o *monomaniaco*. Se diz *inventor de um systema financeiro, que ha de produzir grandes lucros*.

Quatro condemnações anteriores. Um segundo attestado medico determinou a transferencia para Tournai, em 1876.

So..., mechanico, condemnado, na edade de 22 annos, em 1877, a 10 annos de trabalhos forçados, por crime de roubo. Desde que entrou recusou-se trabalhar. Quebrava os vidros das janellas da cella e a mobilia. Indisciplinado teimoso e violento. Temperamento bilioso. Pouco depois de sua entrada manifestaram-se os mais evidentes signaes de loucura. Um attestado medico, de 23 de dezembro de 1880, determinou a transferencia para o asylo Tournai.

Não tivera outra condemnação.

B..., sapateiro, condemnado em 1872, a 7 annos de detenção, por offensas physicas. Era analphabeto. No principio do anno de 1875, suas maneiras eram exquisitas e extravagantes; recusava-se trabalhar; dizia cousas incoherentes. Tinha allucinações. A' noite cantava e gritava. Dava-se ao onanismo. Um attestado medico, de 19 de março de 1875, determinou a transferencia para Tournai. Não se verificou hereditariedade morbida.

Não tinha condemnação anterior. E' coxo da perna direita, em consequencia de uma *coxalgia* e de *luxação do femur*.

Ce..., armeiro, condemnado na edade de 25 annos, em 1872, a 12 annos de trabalhos forçados, por tentativa de homicidio. Era bastante instruido. Do certificado de entrada consta *abcessos ossifluentes* do craneo, de natureza syphilitica. Em 1876 começou a proferir palavras incoherentes e a ter allucinações do ouvido.

Dizia ouvir vozes lhe *annunciarem o perdão real*. Um attestado medico determinou a transferencia para Tournai, em 1876. Duas condemnações anteriores. Embriagava-se e foi expulso do exercito.

Br., occupava-se em abrir poços, condemnado na edade de 42 annos, em 1871, por attentado ao pudor, a 10 annos de prisão. Entrou em Louvain no anno de 1872. O certificado medico declarou que elle tinha pessima saude; soffria de uma das pernas. Genio irascivel e indisciplinado. Um segundo attestado medico, em consequencia do qual teve logar a transferencia para Tournai, em 1875, declarava que elle tinha allucinações da vista e do ouvido.

Quatro condemnações anteriores. Ausencia de hereditariedade morbida.

L..., alfaiate, condemnado na edade de 31 annos, a 10 annos de prisão por lesões corporaes ás quaes segue-se a morte. Entrou na penitenciaria em 1870. O certificado medico declara que elle era de intelligencia abaixo de mediana e bebedo por habito. Dava-se ao onanismo, e d'ahi o enfraquecimento geral das forças e da intelligencia, e um estado de demencia, que determinou sua transferencia para o asylo de Tournai, em 1875, onde veio a fallecer um mez depois. Quatro condemnações anteriores. Ausencia de hereditariedade morbida.

Van.., sapateiro, condemnado na edade de 20 annos, por homicidio, a 12 annos de prisão. Era completamente baldo de educação, analphabeto. Dava-se ao vicio da embriaguez. O certificado medico da entrada registrava — *estado intellectual anormal*. Dava-se ao onanismo. Recusava-se trabalhar. Era porco. Um attestado medico, de 1874, declarou-o demente e ordenou a transferencia para Tournai. Ausencia de condemnação anterior e de hereditariedade morbida.

Ba.., condemnado na edade de 23 annos, a 4 annos de detenção, por crime de introducção de moeda falsa. Sem educação alguma. O primeiro attestado medico (janeiro de 1872) registrava — *signaes de loucura, estado de estupor, excitação quando caminha*. Um segundo, de 22 de fevereiro do mesmo anno, determinou a transferencia para o asylo de Bruges. Dois outros attestados confirmam o mesmo estado. Condemnações anteriores, sendo a ultima a trabalhos forçados perpetuos. Hereditariedade morbida cerebral.

V. B.., soldado, condemnado na edade de 22 annos, em 1871, a 10 annos de prisão, por ferimentos e estupro. O começo da loucura data de 1874. O certificado medico de entrada declarava que elle era taciturno. Tinha allucinações, pelo que foi transferido para Tournai, em 1876.

Pi.., trapeiro, condemnado na edade de 30 annos, a 5 annos de prisão, por crime de roubo. O certificado medico da entrada declara: — fraqueza intellectual e entorpecimento das funcções da locomoção. Incoherencia. Respostas lentas. Movimentos incertos. Demencia. Transferido em março de 1869 para o asylo de Bruges, onde falleceu em agosto do mesmo anno.

De.., soldado, condemnado na edade de 28 annos, em 1864, a tres annos de reclusão, por insubordinação. Entrou em Louvain em 1865. Não possuia a minima instrucção. Indisciplinado no regimento. Caprichoso, intrigante e de pessima conducta. O certificado medico da entrada consignava: insanidade mental, *idéa* de perseguição. Accusava os empregados de *misturarem immundices na sua comida*. Passava semanas sem mudar de roupa. Foi transferido para o asylo de Bruges, em 1866.

Ber.., soldado, condemnado na edade de 22 annos, (1863) a 3 annos de prisão e expulsão do exercito, por deserção. Entrou em Louvain em 1864. Era um homem sem educação. Um attestado medico de 11 de maio de 1865, consignava: *affecção cerebral* com prostração, febre, seguida de um estado persistente de delirio. Fraqueza intellectual e incoherencia. Transferido para o asylo de Bruges em 1865. Duas condemnações anteriores.

Die.., condemnado na edade de 52 annos, por crime de roubo, a 8 annos de prisão. Entrou em Louvain em 1866. Desde a entrada mostrou-se sombrio e sonso. Era de pessima reputação. Um attestado medico, de 10 de janeiro de 1872, declara que elle tinha má conducta, dava-se ao onamismo, sua intelligencia se enfraquecia progressivamente ; emfim, que elle estava alienado. Foi transferido para o asylo de Bruges. Hereditariedade morbida cerebral. Dez condemnações anteriores.

Van H.., soldado, condemnado na edade de 25 annos, a 18 mezes de prisão, por deserção. Entrou na penitenciaria a 20 de dezembro de 1862. Era debochado,

libertino, vagabundo e mendigava por ociosidade voluntaria. O attestado do professor declara que elle tinha genio taciturno, ar melancholico, olhar vago, andar lento. O attestada medico, que determinou sua transferencia para o asylo de Bruges, em novembro de 1863, declara que esse detido achava-se affectado de agitação maniaca, era violento, dava gritos, recusava alimentação e se dizia perseguido. Quatro condemnações anteriores.

Br.., condemnado na edade de 18 annos, a 3 annos de prisão, por crime de roubo. Entrou em Louvain em 1862. O attestado medico, que determinou a transferencia para o asylo de Bruges, em fevereiro de 1864, consignava que elle não possuia instrucção alguma. Intelligencia obtusa, preguiçoso, entregava-se a todos os vicios e era maniaco. Soffreu no regimento innumeros castigos.

T.., soldado, condemnado na edade de 23 annos, a 15 annos de prisão, por conspiração para deserção. Entrou em Louvain em 1865. O attestado medico, que aconselhou a transferencia para Bruges, em 29 de outubro de 1866, declarava que *desde a entrada* na penitenciaria, elle soffria de allucinações do ouvido e de agitação. Havia sido condemnado anteriormente a um anno de prisão.

C.., criado, condemnado na edade de 18 annos, a 10 annos de prisão, por crime de roubo. Entrou em Louvain no mez de novembro de 1862. Não possuia a minima instrucção. Era bebedo e libertino. Fugira da casa paterna aos 14 annos. O attestado medico, que determinou sua transferencia para o asylo de Tournai, em agosto de 1863, declarava — mania ambiciosa. Não tivera condemnação anterior.

Ro.., sem profissão, condemnado aos 22 annos de edade, a 14 annos de prisão, por crime de roubo. Entrou em Louvain no mez de novembro de 1860. Achava-se notado no seu processo: — *Nenhuma* instrucção — *mendigo* por curiosidade voluntaria — *má conducta* anterior á condemnação. O attesdo medico, em virtude do qual teve logar a transferencia para Bruges, em agosto de 1862, consignava que elle soffria de monomania; a idéa fixa era — *que havia sido perdoado* e *achava-se de posse de grande fortuna*. Tinha accessos de violencia.

E.., sem profissão, condemnado, na edade de 20 annos, a trabalhos forçados temporarios, por crime de roubo. Entrou em Louvain em 1860. O certificado medico da entrada consignava: *pessima conducta, libertino, vagabundo* e *mendigo*. O attestado medico, que determinou a transferencia para o asylo de Tournai, em agosto de 1863, declarava que elle, havia muitos annos, era perseguido pela idéa de que soffria de molestias dos orgãos genitaes, sobrevindo-lhe depois allucinação e delirio geral. Quatro condemnações anteriores.

Ver.., ferreiro, condemnado aos 29 annos de edade, a 30 annos de prisão, por crime de incendio. Entrou em Louvain em outubro de 1860. As notas da sua entrada declaram que elle tinha intelligencia fraca, era escrofuloso, mostrava cicatrizes no pescoço e que sua mãe era tisica. Um attestado medico, de janeiro de 1864, que determinou a transferencia para o asylo de Bruges, consignava que elle, havia muito tempo, soffria de allucinações e de demencia. Não tivera condemnação anterior.

V.., tecelão, condemnado na edade de 25 annos, a seis annos de prisão, por ferimentos graves. Entrou na penitenciaria em junho de 1858. O certificado medico, que ordenou sua transferencia para o asylo de Bruges, declarava que elle dava-se ao onanismo, que, desde a entrada em Louvain, elle vivia sempre triste, timido e desconfiado. Dizia que ia morrer; recusava a alimentação; passava o dia e a noite na cama, porém não dormia. Soffria de allucinação do ouvido e da sensibilidade geral, assim como de *lypemania*. Uma condemnação anterior.

H.., condemnado aos 26 annos de edade, a 8 annos de prisão, por crime de roubo. Entrou em Louvain em novembro de 1857. Conducta anterior — pessima. Era preguiçoso. Um attestado de 29 de janeiro de 1861 declarava que elle tivera uma congestão cerebral e soffria de vertigens, havia muitos annos. Um outro de março de 1862, em consequencia do qual teve logar a transferencia para o asylo de Bruges, registra novas congestões, com delirio. Hereditariedade cerebral. Tres condemnações anteriores.

B.., soldado, condemnado aos 26 annos de edade, a 2 annos de prisão, por deserção. Entrou na penitenciaria em março de 1865. Esteve em observação me-

dica, desde a entrada. O certificado medico consigna: *olhar vago*, allucinações do ouvido e da vista, estupor, modos exquisitos e extravagantes. Recusava a alimentação. Foi transferido para o hospital militar de Louvain, em outubro de 1865. Soffreu innumeros castigos no regimento. »

Conclúe o douto medico alienista a sua brilhante e documentada *Memoria* do seguinte modo :

« Em resumo, resulta das observações por mim feitas nas prisões cellulares da Belgica, que este regimen reduz a mortalidade ao minimo, e não provoca mais do que os outros systemas a alienação mental e a ideia do suicidio. A mortalidade, no periodo de tempo decorrido de 1861 a 1880, foi de 1,41 °/₀ nas prisões cellulares, ao passo que nas prisões *em commum* attingiu a 3,35 °/₀.

« As *prevenções* que a França tem tido contra o systema cellular hão de cessar, no momento em que ella possa applicar aos seus criminosos o regimen belga, hollandez e suisso, tal qual acabo de expol-o. »

***

A commissão [1] nomeada pela Academia de Medicina de Paris, para dar parecer sobre a importantissima *Memoria* do illustre Dr. Aug. Voisin, apresentou um bem deduzido e fundamentado relatorio, do qual destacamos os seguintes trechos, que mais affinidade tem com o nosso assumpto :

« Si debaixo do ponto de vista moral, o regimen da *prisão individual* [2] tem certas vantagens, sob o ponto de vista *penitenciario propriamente*, a cella, algumas vezes solicitada pelos *delinquentes primarios*, que se envergonham do seu crime, *é o terror dos malfeitores de profissão*. Ao mesmo tempo ella previne um certo numero de reincidencias, como se tem observado, desde o estabelecimento do systema cellular, na Belgica, na Dinamarca, na Noruega e na Suecia, onde em

---

[1] Era composta dos Drs. I. Rochard, Dujardin-Beaumetz e G. Lagneau.

[2] Systema cellular.

1837 contava-se um condemnado por 608 habitantes, e em 1877 não se contava mais do que um sobre 1.005 [1].

. . . .

Embora reconheça a utitidade incontestada da *prisão individual*, sob o duplo ponto de vista moral e repressivo, para os indiciados e para os condemnados a curtas penas, a Academia não póde pronunciar-se sobre o valor relativo deste regimen com a applicação aos reincidentes e aos condemnados a longas penas. Cabe-lhe, porém, constatar que, á vista dos documentos colligidos pelo Sr. Dr. Aug. Voisin, na Belgica, o regimen cellular, mesmo prolongado, desde que seja bem applicado, não aggrava de modo algum o estado sanitario dos detidos.»

* * *

Ainda a respeito da *influencia do regimen cellular*, encontra-se no relatorio do ministro da justiça, Vriés, apresentado aos Estados-Geraes dos Paizes-Baixos, os seguintes dados, de summa valia :

---

(1) Até 1895 a proporção da criminalidade era esta : na Belgica, 110 criminosos por 100.000 habitantes ; na Prussia, 120 ; na França 158 ; e na Italia, 259.

Na Austria, diminuiram os crimes contra as pessoas, que em 1983 foram em numero de 550.000, e em 1894 desceram a 526.000. A vagabundagem tambem diminuiu, depois da abertura das casas de trabalho nas Provincias. E' a assistencia publica pelo trabalho. Dos 5.562 individuos condemnados por delictos, apenas a 121 foram impostas penas de mais de 3 mezes ; á mór parte foi applicada a pena de multa. A reprimenda judiciaria foi applicada sómente a 24 delinquentes.

Augmentou, entretanto, consideravelmente a criminalidade, entre os menores de 11 a 20 annos, pois, em 1893, foram condemnados 260 de 11 à 14 annos e 5.485 de 14 a 20 annos, ao passo que em 1894 foram condemnados— 842 de 11 a 14 annos, e 5.745 de 14 a 20 annos de edade.

Em Portugal, o numero de condemnados, no continente, em 1891 a 1893, foi de 85.099, ou a média annual de 17.019 e de 306 por 1.000 habitantes.

Deduzidas, porém, do total da população as creanças menores de 12 annos, a proporção vem a ser de 5.14 condemnados por 1.000 habitantes, visto como a população, naquelles 5 annos, descontadas as creanças menores de 12 annos, era de 3.206.791 habitantes. Não se acham incluidos na ultima estatistica os delictos militares, cujos numeros, no periodo de 1881 a 1892 fôra de 581.

Dos 85.099 individuos condemnados no quinquennio de 1891 a 1895—, 67.492 eram homens, e 17.607 mulheres.

A média annual da condemnação fora de 13.498 homens, e 3.521 mulheres.

« No periodo de dez annos não se deram senão 25 casos de desarranjo mental na população total dos presos submettidos ao regimem cellular: 14 casos entre os condemnados, 11 entre os indiciados. Dos 14 condemnados, porém, quatro eram ebrios por habito, nos quaes as bebidas alcoolicas haviam produzido o *delirium tremens*. Releva ponderar que um delles ficou perfeitamente curado, no espaço de dous mezes, e que o temperamento excepcionalmente sanguineo do outro concorreu para aggravar-lhe o estado morbido. Cinco, dentre os mesmos quatorze, já eram doentes do espirito antes da prisão; dois soffriam de *monomania religiosa* e um passou cinco mezes de perfeita saude na cella, sem que esta tivesse exercido sobre seu espirito a minima influencia. Era, além de tudo, a terceira vez que elle cumpria a pena de prisão cellular.

« Um outro só veio a soffrer de monomania depois de estar um anno na cella, e a molestia desenvolvia-se á medida que se aproximava o momento da liberdade. Os dois ultimos, em summa, vieram a ficar dementes, em consequencia de decepções que soffreram: um, porque foi-lhe recusado o *perdão*; outro, porque veio-se a descobrir *um crime* que elle havia praticado sob falso nome.

« Dos onze indiciados, quatro vieram a soffrer das faculdades mentaes, em consequencia de contrariedades que tiveram em sua vida; um, soffreu grande decepção ao vêr que sua absolvição não tivera logar, como elle esperava; tres eram bebedos por habito; dois eram simples de espirito; emfim, o ultimo, em consequencia de uma injustiça da qual se dizia victima.

« Convém notar que, si o numero dos detidos cellulares se elevou a 25, durante os alludidos dez annos, é que os presos cellulares são objecto de innumeras e cuidadosas visitas medicas, e, em consequencia disso, são immediatamente classificados — *como doentes do espirito* — alguns que fóra da prisão, isto é, do meio social, *não seriam considerados senão como excentricos*.

« O que prova que na maior parte dos casos as doenças mentaes verificadas entre os detidos não tem como causa o *isolamento da cella* é que, *durante 10 annos, na prisão cellular de Amsterdam*, que aliás é a mais importante dos Paizes-Baixos, foi constatado sómente um caso de alienação mental.

« Durante o mesmo periodo decennal, 19 casos de doença mental foram verificados nas prisões *em commum*, sendo 5 entre os indiciados e 14 entre os condemnados.

« Ainda no mesmo decennio, 21 casos de suicidio ou tentativa deste tiveram logar nas prisões cellulares; sete deram-se entre os condemnados.

« Dois desses casos parece terem sido devidos á preoccupação dos detidos pela sorte de seus paes. Um, que estava cumprindo a pena de seis semanas de prisão, suicidou-se depois de 13 dias da entrada na prisão. Outro, condemnado a 15 dias de prisão, enforcou-se, dous ou tres dias depois da entrada na penitenciaria. Um terceiro, tentou matar-se na occasião em que ia ser transferido para outra prisão, onde devia cumprir pena mais sevéra. Em summa, houve um que, tendo sido condemnado apenas a dous dias de prisão, suicidou-se no fim de 24 horas.

« Estes dados estatisticos provam que a cella tem *por si mesma*, pouca influencia sobre os suicidios ou tentativas de suicidio que se verificam entre os detidos das prisões cellulares. O terror da prisão, o remorso, o receio de uma pena mais grave, são causas geraes que influem, de maneira poderosissima, sobre o espirito dos condemnados.

« Em seis casos sobre onze o suicidio deu-se depois de um dia de prisão, e, com relação a alguns no fim de tres a cinco horas.

« Sómente um dos suicidas esteve dous dias na prisão.

« Emfim, poder-se-á apreciar melhor estes factos si se tiver em vista que um dos suicidas já havia dado provas de desarranjo mental; que dois eram bebedos; que um já havia tentado contra na existencia, antes da prisão, e que o ultimo já tinha cumprido a pena de um anno de prisão cellular, sem manifestar desejo de suicidar-se.

« No mesmo periodo de *dez annos* o numero dos suicidios nas prisões *em commum* foi de 12, 5 °/o entre os indiciados, e de 7 °/o entre os condemnados.

« Si tomar-se em consideração as observações precedentes, si attender-se que na prisão de Amsterdam nenhum caso de suicidio teve logar *durante dez annos*, póde-se sustentar, com segurança que — *si a cella provoca o suicidio, ella não o faz directamente*.

« Não é certamente, por meio de algarismos que se póde conhecer exactamente a estado mental dos condemnados, e mostrar a razão pela qual elles supportam o regimen cellular. Mas, além dos algarismos que acabamos de apresentar, consultamos grande numero de relatorios de directores e de capellães das prisões, e todos, depois de aturadas experiencias, são accordes em proclamar os bons effeitos da cella, mesmo sobre o moral dos detidos.

« De 1872 a 1882 as faltas contra a disciplina interna das prisões deram-se na seguinte proporção: uma por 6, 17, nas prisões em commum: uma por 5, 45, nas prisões cellulares.

« Melhor se apreciará esta comparação, tendo em vista a facilidade com que as pequenas infracções contra a ordem e o silencio podem ser notadas nas prisões cellulares, ao passo que nas prisões *em commum* ellas escapam facilmente.

« Assim é que, em 1881, das 30 penas disciplinares impostas aos detidos cellulares da prisão de Amsterdam, 12 foram por assobios e baques na cella, dois por gritos e cantorias, e dois por tentativa de correspondencia verbal ou por escripto, com o visinho de cella. Si compararmos as infracções mais graves, teremos a registrar, no anno de 1880, 11 punições por vias de facto e 19 por insubordinação, na prisão em commnm, emquanto que na prisão cellular não houve punição alguma por vias de facto, e por insubordinação tiveram logar apenas 10.

« Em 1881 deram-se nas prisões *em commum* — 27 punições por vias de facto, e 16 por insubordinação; nas prisões cellulares não se deu nenhuma por vias de facto, e por insubordinação apenas foram applicadas 7. Em summa, é preciso notar que os castigos infligidos nas prisões cellulares por tentativa de communicação com os outros presos foram applicados a individuos que, antes de cumprirem pena de prisão cellular, tinham estado em prisão commum.

« Todos quantos se hão encarregado da instrucção dos presos reconhecem e proclamam a proveitosa influencia da cella, pois esta permitte que o professor se occupe mais attentamente de cada preso, obtendo assim melhores vantagens.

« Eis os resultados obtidos em 1882, debaixo do ponto de vista da instrucção dos detidos:

« Nas prisões em commum, 114 presos entraram sem saber ler nem escrever: no fim de um anno — 44 ou 38, 54 %, não haviam feito progresso algum - 11 ou 9, 63 % apenas sabiam ler; 21 ou 18, 48 % sabiam ler e escrever; 38 ou 33, 35 % haviam aprendido a ler, escrever, e contar.

« Nas prisões cellulares, 62 presos entraram sem saber ler nem escrever: no fim de um anno — 2 ou 3, 17 % não haviam aprendido cousa alguma; 5 ou 7, 93 % sabiam ler; 30 ou 47, 02 % sabiam ler e escrever: 26 ou 41, 28 % sabiam ler, escrever e contar.

« Os dois quadros, que se seguem, demonstram a influencia da cella sob o ponto de vista da reincidencia.

Num. 1

Annos	Total dos condemnados	Total dos reincidentes	Condemnados reincidentes	Reincidentes que cumpriram a 1ª pena na cella
1872	19568	4764	2524	546
1873	18710	4754	2768	575
1874	17344	4488	2807	633
1875	18126	4853	3279	704
1876	17672	4739	3890	829
1877	19324	4545	3860	887
1878	18571	4700	3712	777
1879	17628	4395	3659	984
1880	16509	4270	3910	874
1881	16611	4302	3993	1017

Num. 2

Annos	Num. dos reincidentes sobre 100 condemnados	Num. dos reincidentes que cumpriram a 1ª pena na cella sobre 100 reincidentes	Numero dos condemnados cellulares sobre 100 condemnados
1872	243	1146	1289
1873	254	1209	1479
1874	258	1410	1620
1875	267	1450	1809
1876	268	1749	2201
1877	235	1951	1997
1878	253	1653	1998
1879	249	2239	2075
1880	252	2030	2365
1881	271	2259	2403

Estes dois quadros, como se vê, provam em favor do systema cellular. Convém notar que, desde 1872 o numero dos crimes graves diminuiu de modo mui sensivel. Não se póde attribuir este resultado exclusivamente á cella; mas, tambem não é justo negar sua influencia.

Emfim, para apreciar as causas da reincidencia é de todo interesse a seguinte communicação do director da prisão de Amsterdam: « De 83 condemnados, que já haviam cumprido prisão cellular e que em 1882 voltaram á penitenciaria como reincidentes, 40 commetteram o novo crime, quer directa, quer indirectamente, em consequencia de sua deploravel paixão pelas bebidas alcoolicas.

« Desses 83 reincidentes, 16 tinham cumprido pena cellular de um mez, 8 de 1 a dois mezes, 19 de 2 a 3 mezes 18 de 3 a 6 mezes, 7 de 6 a 9 mezes 15 de 9 mezes a 1 anno. O tempo decorrido, entre o cumprimento da primeira pena e a data da reincidencia, tinha sido de um mez para um, de 1 a 3 mezes para um, de 3 a 6 mezes para um, de 6 a 12 mezes para 15, de 1 a 2 annos para 15, de 2 a 4 annos para 15, de 4 a 6 annos para 5, de 6 a 8 annos para 5, de 8 annos para 9. »

O director da prisão de Amsterdam observa ainda, em seu relatorio, que existe na população das prisões um desejo immoderado, um appetite violento (contra o qual é difficil reagir) que impelle os *liberados* a commetterem pequenos furtos.

Assim é que, dos 83 reincidentes, que voltaram á prisão de Amsterdam, em 1892, 65 foram condemnados por furtos de pequena importancia.

« Em summa, sob o ponto de vista do desenvolvimento das faculdades intellectuaes, é preciso notar que dos 83 reincidentes em questão, 41 eram de intelligencia pouco desenvolvida, 32 possuiam pequena instrucção, e apenas 10 eram instruidos.

« A influencia do isolamento sobre o trabalho é traduzida pelos seguintes algarismos:

« Em 1882, nas prisões em commum foram notados 38.807 dias de trabalho para o Estado, que produziram 2.226 florins, e 67401 dias de trabalho para os particulares, que produziram 6.991 florins.

« Nas prisões cellulares, durante o mesmo anno, foram notados — 27.527 dias de trabalho, que produziram, para o Estado, 2.030 florins e 61.174 dias de

trabalho, que produziram para os particulares 9.613 florins.

Da comparação destes algarismos resulta que nas prisões *em commum* o numero dos dias de trabalho para o Estado está para o numero dos dias de trabalho das prisões cellulares, para o mesmo Estado, na proporção de 100 para 69,15, e o producto do trabalho como 100 para 90,91. O numero dos dias de trabalho para os particulares está na relação de 100 para 91.20, e o producto na relação de 100 para 137,50. O producto é, pois, muito maior nas prisões cellulares do que nas prisões *em commum*.

Quer se conclua dahi que ha mais zelo dos operarios, ou possibilidade de trabalho mais remunerado, o resultado é sempre em favor do systema cellular.

A vantagem da cella, porém, não se traduz somente pela vantagem pecuniaria, como demonstram os seguintes algarismos:

« Em 1882 sahiram das prisões *em commum* 977 individuos, que haviam passado, pelo menos, um anno na prisão e que quando ahi chegaram não sabiam officio algum. Desses 977 presos apenas 73 ou 8,08 °/₀ tinham aprendido um officio durante o anno da detenção. Entretanto, dos 309 individuos das prisões cellulares, entrados e sahidos nas mesmas condições, 57 ou 18,04 °/₀ sahiram da prisão sabendo um officio.

« Os relatorios sanitarios são egualmente favoraveis ao systema cellular. Um delles assignala que na cella os presos estão mais alegres, são mais trabalhadores e mais amigos da ordem ; as cellas apresentam, em geral melhor apparencia do que as das prisões *em commum*.

« Outro consigna que os presos teem melhor semblante quando sahem do que quando entram, e sua saude melhora, cada vez mais, quando elles se demoram na prisão.

« Além disso, a comparação ou proporção dos dias de doença com os de prisão justificam essas concluões.

« Em 5 annos, o computo destes foi, nas prisões *em commum* 9,0' °/₀ ao passo que nas prisões cellulares foi 5,05 °/₀. No mesmo espaço de tempo foram notados nas prisões em commum 4.53 °/₀ com relação aos dias de molestias e nas prisões cellulares apenas 3,7.°/₀. »

Demais, nas prisões em commum o computo dos dias de tratamento foi de 22,25 °/₀ e nas prisões cel-

lulares de 23, 8 %. Estes ultimos algarismos são mais favoraveis ao systema cellular do que parecem, á primeira vista, porque os detidos cellulares são mais bem tratados pelos medicos, o que explica o dia de doença que de mais se verifica nas prisões cellulares; e, por outro lado, os detidos cellulares permanecem mais tempo na prisão.

Quanto aos obitos, a proporção foi a seguinte: em cinco annos, 92 ou 1,52 % da população média, nas prisões em commum, e 23 ou 0,78 % nas prisões cellulares.

Documento de grande valor, em favor do systema cellular, é tambem a nota lida, perante o Conselho Superior das Prisões da França, [1], pelo illustre Sr. Michon, director da administração penitenciaria desse mesmo paiz. [2]

Dando conta da situação em que se achava o serviço penitenciario, dizia esse distincto funccionario:

«As informações minuciosas a esta administração enviadas pelos prefeitos dos departamentos, onde ha prisões cellulares, pelos directores das circumscripções penitenciarias e pelos medicos das mesmas prisões, attestam que o regimen cellular tem funccionado de modo satisfactorio.

«O director da circumscripção de Tours informa que tem sido regularmente feito o serviço de inspecção, e reina a mais perfeita ordem no estabelecimento penitenciario; e accrescenta: «E' de justiça reconhecer que o regimen cellular contribue muito para isso, pois, priva os detidos dos meios e das occasiões de commetterem as innumeras infracções communmente produzidas pela detenção em commum, em consequencia dos *exemplos e induzimentos* perniciosos que a promiscuidade produz.

---

[1] Conselho instituido por decreto de 3 de janeiro de 1881. Compõe-se de 35 membros escolhidos nas classes mais elevadas. Delle fazem parte os homens mais illustres da França.

[2] Repartição por onde correm os negocios relativos ás prisões E' annexa ao ministerio do interior. Seu director é actualmente o Sr. Duflos, um dos mais competentes penitenciaristas. Foi o presidente do 5º Congresso Penitenciario Internacional, que teve logar em Par s em 1895.

«Relativamente ao estado sanitario, o medico da prisão, o Sr. Dr. de Lonjon, depois de haver feito o confronto entre dous periodos de doze mezes, um anterior e outro posterior á applicação do regimen cellular, declara — que as condições hygienicas do estabelecimento naquelle primeiro periodo, não mudaram no segundo, e haviam mesmo melhorado sensivelmente. Nenhum suicidio teve logar desde que começou a ser applicado o regimen do isolamento.

«A excellencia do estado moral dos nossos detidos, diz o Sr. Dr. de Lonjon, é comprovada pela seguinte observação: Verificamos tres casos de alienação em cada um dos periodos (periodo anterior e periodo do isolamento); mas, temos a satisfação de poder affirmar que nenhum desses seis casos de loucura teve origem ou começo nas cellas da penitenciaria; pois, os detidos, haviam dado provas inequivocas de alienação mental, antes da prisão.»

« O regimen da *prisão individual*, escreve o director da segunda circumscripção, em seu relatorio sobre a penitenciaria de Sainte-Menehould, é acceito *com reconhecimento* pela maior parte dos condemnados primarios, sobretudo pelos condemnados ás penas de curta duração. Os reincidentes o acceitam com resignação, porém, a mór parte preferiria cumprir a pena *em commum*.

«Estes, observa o prefeito do Marne, acham o regimen individual muito severo e preferem o regimen da promiscuidade. Esse resultado era previsto: provém da pouca vigilancia que ha nas prisões ordinarias, por maior que seja a exacção e o esmero dos guardiães.

«O medico ainda não constatou que o isolamento seja prejudicial á sanidade mental dos detidos. Tres tentativas de suicidio tem havido, é certo, mas, duas foram simuladas. Assignalando esse facto á administração, o prefeito exprime-se nos seguintes termos:

«Os condemnados, em geral, conhecem a base dos debates havidos em diversas epochas e em muitos paizes, a respeito do regimen cellular; por isso fingem tentativas de suicidio. Um desses casos deu-se na penitenciaria de Sainte-Menehould. Um condemnado tentou, por duas vezes, suicidar-se, mas

sempre tinha *o cuidado de esperar a visita do guardião*. Fiz-lhe algumas observações, e a *comedia* não se repetiu. Outro detido, que tentou suicidar-se, declarou *ter sido levado a isso pelo receio de ser entregue ás autoridades do seu paiz* (a Allemanha). Não foi, pois, o *modo da detenção* que influiu no seu animo.

«As conferencias feitas naquella penitenciaria têm sido ouvidas com grande interesse pelos detidos. O professor informa que seus discipulos fazem sensiveis progressos.

«Em Etampes, nenhuma difficuldade material tem havido na marcha regular das prescripções contidas nas instrucções relativas á applicação do regimen da separação individual.

«Todos os detidos se hão submettido, sem murmurar, diz o director, ás exigencias do serviço mesmo ao uso da *cagoule*. Quanto aos resultados moraes, elles parecem innegaveis. Basta vêr um instante os condemnados para se formar esta convicção. Com effeito, pondo de parte os condemnados ás penas de curta duração, sobre os quaes o systema produz pouca impressão, os detidos condemnados a longas penas agradecem á administração o favor que lhes é concedido, e não tem saudades da vida em commum em que estiveram nas prisões das quaes foram transferidos, a seu pedido, justamente para evitarem essa promiscuidade fatal e repugnante aos que ainda conservam algum sentimento de honra. No mesmo gráo em que os condemnados, de quem acabamos de fallar, têm a cella como um beneficio, odeiam-n'a os individuos pervertidos, *habitués* das prisões, cujo bem estar consiste na *vida commum*, da qual se aproveitam para fazer adeptos entre os criminosos *primarios*.

«A cella é, pois, um bem para a maior parte dos detidos; para os que não se acham completamente pervertidos e para os que, tendo commettido o primeiro crime, são fracos e succumbiriam fatalmente na promiscuidade das prisões. Póde ser inefficaz para corrigir os *habitués* das prisões, mas, pelo menos, ella isola-os e intimida-os; elles temem-n'a seriamente, e, eu tenho a convicção de que a população das prisões cellulares ha de ser sempre mais moralisada, mais disciplinada do que a das *prisões em commum*.

« O relatorio do Dr. Muret, medico da penitenciaria, confirma as observações que acabo de fazer.

« O estado moral dos condemnados, diz elle, continúa a ser satisfactorio. Em geral, os detidos são doceis, polidos e socegados ; alguns que ao entrarem parecem trazer intenções ruins, tornam-se, no fim de algum tempo, mais doceis e mais morigerados. Ainda não tive occasião de notar, nem tedio extraordinario, nem tendencia para a melancolia. O estado sanitario, accrescenta o mesmo illustre medico, tem sido sempre bom e os condemnados que hão passado mais tempo na prisão, não teem soffrido mais do que os outros. Apenas quatro (tres homens e uma mulher) vieram a soffrer de alienação mental, mas, todos elles já eram alienados quando entraram na penitenciaria, e tinham estado em observação medica, á requisição da autoridade competente. Tivemos um condemnado que era um pouco hypocondriaco antes de entrar na prisão, e, entretanto, seu estado mental não se tem aggravado durante 272 dias de prisão já decorridos. Nenhum caso de suicidio tenho a registrar.»

« Na prisão de Dijon e na de Versailles, (*) o regimen cellular vae produzindo bons resultados.

« Durante o lapso de tempo de prisão preventiva, (relativamente longo para quarenta detidos), diz, fallando da prisão de Dijon, o director da decima quarta circumscripção penitenciaria, ainda não notei que o regimen cellular tenha exercido acção malefica sobre a moral e a saude daquelles detidos. O estado sanitario tem sido sempre bom. Frequentes vezes tenho observado que os detidos accusados ou indiciados pela primeira vez, cujos crimes eram devidos a circumstancias excepcionaes, gostam da cella e apreciam a vantagem da separação individual, ao passo que isso não acontece com os reincidentes, os vagabundos e incorrigiveis. Estes individuos, (valdevinos, que não teem mais nada a perder) queixam-se amargamente da cella e declaram preferir o regimen da prisão em commum.

« Effectivamente este regimen, permittindo-lhes reunirem-se nas officinas e no dormitorio, permitte-lhes ao mesmo tempo, combinarem planos para o presente e para o futuro. »

(*) Prisões — d'arrêt et de justice.

« Em seu relatorio sobre a prisão de Versailles, o director expõe por sua vez as vantagens do regimen da separação individual, quer com applicação aos indiciados, quer aos accusados. « O interesse particular, observa elle, é tambem digno de apreço, sem contar a vantagem que resulta da rapidez da instrucção. Graças ao systema cellular, os indiciados e os accusados que são postos em liberdade sahem da prisão sem terem estado em contacto com individuos pervertidos, que, mais tarde, poderiam abusar das relações travadas *na promiscuidade passageira*, si, por ventura, viessem a encontrar-se.

« O Dr. Béregny, medico da mesma prisão, constata que « a saude dos detidos é perfeita ».

« Diz elle : visitei assiduamente todas as cellas da prisão de Versailles, e a cada um dos detidos perguntei si tinha alguma observação a fazer-me sobre a severidade da detenção; nenhuma reclamação me foi feita ».

Os relatorios do prefeito de policia de Paris, dirigidos ao ministro do interior, acerca do regimen da separação individual nas prisões do Sena, consignam as seguintes informações : « Continua-se a observar que o isolamento cellular é solicitado, cada vez mais, pelos condemnados primarios e por outros detidos susceptiveis de emenda, principalmente pelos que têm um certo gráo de instrucção ; observando-se tambem que esses supportam com resignação e tranquillidade de espirito a pena cellular.

« Certos detidos, pelo contrario, sobretudo os mais jovens, difficilmente curvam-se ao regimen da separação individual, que elles temem muito mais do que o da prisão *em commum*. Dahi resulta apresentarem alguns delles signaes de abatimento e tendencia para a insubordinação que, felizmente, são combatidos por meio de visitas frequentes, de leituras interessantes e, sobretudo, pelo trabalho devidamente mantido e proporcionado ás forças do detido.

« De conformidade com as regras precedentemente observadas, os condemnados correccionaes recolhidos às cellas do *quartier de correcção* da prisão Mazas, e nas 500 cellas da prisão da Santé, destinados ao regimen da separação individual, foram divididos nas seguintes categorias :

1.ª Todos os condemnados a menos de tres mezes (criminosos primarios) ;

2.ª Todos os condemnados a quatro mezes, depois os condemnados a cinco mezes, e successivamente um a um, até o numero de cellas disponiveis.

« Entre os 8.049 condemnados submettidos ao regimen cellular, durante o ultimo anno, não se deu um só caso de suicidio.

« O confronto entre o regimen da separação individual e o regimen commum, que funccionam simultaneamente na prisão da Santé, permitte as seguintes observações :

a) O numero dos individuos submettidos á separação individual foi de 6.177, e os submettidos ao regimen *em commum* de 3.783.

b) Dos 6.177, 5481 requereram aquelle regimen : apenas 696 foram submettidos á prisão cellular por deliberação da respectiva autoridade.

c) Cento e quarenta detidos pediram transferencia do *quartier* em commum para o *quartier* cellular, e 78 foram submettidos ao regimen da separação individual, como medida disciplinar.

d) O numero dos doentes foi de 786, e se decompõe assim : 291 eram do *quartier* cellular, 495 do *quartier em commum.*

e) O numero dos detidos que falleceram foi de 43, dos quaes 15 pertenciam ao *quartier* cellular, e 28 ao *quartier em commum.*

f) Os casos de alienação mental foram apenas 7 ; quatro no *quartier* cellular, e tres no *quartier em commum*. (*)

« Do confronto destes algarismos conclue-se que o regimen da separação individual não exerce influencia nefasta sobre a saude dos detidos. »

* * *

Em brilhante discurso, pronunciado perante a sociedade de Economia Social, em Paris, discurso que o illustre presidente, Sr. Desirê Nizard, membro da Academia franceza, qualificou de — *eloquant, emouvant,*

(*) Esta estatistica é relativa aos factos occorridos durante um anno sómente.

rempli de chaleureuses et profondes pensées,— o eminente sr. Lacointa, nome vantajosamente conhecido dos que cultivam a sciencia do direito, emittiu, a respeito do systema cellular, os seguintes conceitos:

« O systema da prisão individual ha triumphado de todos os ataques de que tem sido objecto *propositalmente*, ou em consequencia de *noções inexactas* dos que o repellem.

« Os Srs. de Beaumont e de Tocqueville, seus defensores. depois do mais attento exame, muito fizeram pelo successo de uma causa á qual adhere hoje a grande maioria dos espiritos.

« Os mais rebeldes dentre os apreciadores eminentes chegaram a formar opinião favoravel a este modo de repressão. Os alienistas accordaram em reconhecer a innocuidade desse regimen, com relação ao estado mental dos detidos. Os funccionarios da administração assignalam as vantagens da detenção individual.

« Em Paris, o prefeito de policia e o ministro do interior hão declarado, repetidas vezes, que as experiencias feitas desde 1875, confirmam as esperanças depositadas na boa applicação da lei de 5 de junho desse mesmo anno.

« Um menino que havia soffrido a pena de prisão cellular, pronunciou uma phrase, com razão notada e repetida pelo abbade Croze, o mais venerado bemfeitor da humanidade soffredora.

« O padre M. préga muito bem, mas a cella préga melhor do que elle.

« A prisão individual não é nem o *sequestro*, nem a *solitaria*.

« Si ella fosse isso, quem a defenderia ? Ella é o afastamento de todas as relações funestas e o mais franco accesso ás boas influencias ; é a exclusão absoluta das más companhias e a introducção das boas junto do condemnado.

« Em vez da promiscuidade de todos os dias, do contacto infamante, do opprobrio de pessimas consequencias no futuro ; em logar dos conciliabulos, que preparam o crime, não é melhor o recolhimento, a reflexão que desperta o remorso, excita e convida ao arrependimento, á emenda e á rehabilitação ? Não é melhor a vida segregada, occulta, retrahida, que permitte expiar o crime sem o constrangimento a supportar as

relações, odiosas no presente, funestissimas depois da liberdade, com individuos perdidos, corrompidos e corruptores, de cujo poder propagador do mal falla, melhor do que todos os discursos o numero ascendente das reincidencias?»

Seguem-se phrases que, para não diminuir-lhes o brilho da eloquencia, vou dar em original:

« Ah! exclama o orador, si ce qu'à Dieu ne plaise, il arrivait que sous l'action de je ne sais quel fanatisme, sous l'oppression délirante d'infortunés sectaires, les prisons fussent fermées aux hommes dévoués, compatissants qu'attire le malheur, á ceux surtout qui ont allumé à l'inestinguible flamme de la charité chrétienne l'ardente pitié que provoque, dans leurs cœurs, a vue de la misère morale, ce jour là l'emprisonnement individuel perdrait tous ses bienfaits et serait um régime barbare, que je condamnerais avec une energie égale à celle de l'approbation méritée par son régulier fonctionnement. Que les condamnès, dans leur existence cellulaire, reçoivent de frequentes visites; que les hommes honnêtes les recherchent; que l'administration pénitenciaire, tout en sauvegardant avec une legitime vigilance les sévérités de la discipline, ne repousse jamais le visiteur estimable, préoccupé du sort des detenus, si oubliés, hélas! au fond des prisons, par notre societé insouciante! La justice limite ses châtiments; les hommes ne limitent pas leurs rancunes; ils affirment l'hypocrisie pour être insensibles aux remords. Comment dans un milieu social si indulgent pour les plus villes excitations, si disposé à la clémence envers de grands coupables, lorsqu'ils se prévalent de je ne sais quelle étiquette, comment tout être déchu serait-il irrémédiablement flétri! Une bête tombe, beaucoup de bras s'avancent pour la relever; um homme tombe, et l'on passe indifférent, en déclarant, comme pour s'excuser, qu'il est indigne de sympathie!» *(Applaudissements.)*[1]

* * *

[1] Lacointa, fallecido no anno passado, foi vice-presidente do conselho director da sociedade geral das prisões, traductor e commentador do novo codigo penal italiano. Publicou na *Revista Penitenciaria*, orgão daquella sociedade, importantes artigos sobre assumptos de penalogia e sociologia criminal dentre os quaes destacamos os que tratam da — Abolição da pena de morte —

Ao brilhante discurso do Sr. Lacointa seguiu-se outro, de igual valor para o triumpho, hoje definitivamente reconhecido e geralmente proclamado, da separação individual com isolamento continuo.

Esse discurso foi proferido pelo illustre senador Beranger, estadista abalisado, penitenciarista emerito, a cuja iniciativa patriotica, esclarecida por uma illustração profunda, deve a França as suas melhores leis sobre a reforma penitenciaria e institutos de direito penal. [1]

Depois de haver fallado das nefastas consequencias resultantes da promiscuidade caracteristica da prisão *em commum*, disse o eminente senador:

« A reforma do nosso regimen penitenciario é uma das obras de maior importancia e urgencia que temos a fazer.

« A primeira fórma sob a qual ella deve apretar-se é a *separação d'aquelles cuja emenda se póde legitimamente esperar, de todo o elemento corruptor*. Ora, para obter com segurança esta separação, não ha meio mais efficaz do que o systema da *separação individual*.

« Por muito tempo se disse mal da cella: accusavam-n'a de produzir a loucura e o suicidio; porém, observações feitas com o maior cuidado e a mais paciente attenção nas nossas prisões reduziram ao seu justo valor esta grave objecção.

« Em todas as prisões ha casos de loucura e de suicidio mais numerosos do que na vida livre: esses

---

Detenção prolongada — Menores abandonados — Alienados criminosos — O novo codigo penal italiano — Mendicidade, repressão — Repressão, aborto, incesto e infanticidio — Projectos de lei sobre a liberdade condicional — Idem sobre a protecção á infancia — Relatorios sobre os congressos de Roma e S. Petersbourgo — Troca dos condemnados extrangeiros — Traductor de diversas obras hespanholas e italianas sobre o direito penal e questões penitenciarias.

[1] Leis de 5 de junho de 1875 e de 26 de março de 1891; aquella estabeleceu o regimen cellular nas prisões de correcção departamentaes; a de 1891 estabeleceu a suspensão da condemnação (*le sursis*) e a advertencia publica pelo juiz, na occasião de declarar que fica suspensa a pena. Este favor, porém, só é concedido aos delinquentes primarios, e o effeito da suspensão cessa si o condemnado, no espaço de cinco annos incorre em condemnação á prisão por crime ou delicto commum.

Esta lei, em homenagem ao seu actor, denomina-se Lei Beranger, nome pelo qual é citada nos tribunaes e geralmente conhecida. Da lei de 1875 o senador Beranger foi apenas o relator, mas aos seus esforços foi devida a passagem della no parlamento.

casos são devidos á superexcitação, naturalmente provocada, em primeiro logar, pela pratica do proprio crime, em segundo pelas emoções da instrucção do processo, pela vergonha dos debates publicos, pela condemnação, emfim. São devidos tambem á circumstancia de que a maior parte dos accessos de loucura começam por actos delictuosos, que dão logar á prisão.

« Não ha mais casos de demencia ou de suicidio nas prisões cellulares do que nas prisões *em commum*.

« Qualquer outro systema não daria sinão uma segurança relativa.

« Fallou-se, durante muito tempo, de classificações por categorias de condemnados; mas, com que fundamento se poderia proceder a essas divisões?

« O arbitrio e o erro ahi entrariam em grande escala.

« Demais, o isolamento não é sómente uma garantia contra o contagio; elle tem em si mesmo uma virtude propria: « Convida a consciencia ás reflexões salutares.» Os bons sentimentos, que, porventura, ainda restam no coração despertam, vêm á tona por um movimento natural. E quantos beneficios adviriam d'ahi, si n'esse momento uma phrase benevola fosse pronunciada, si o apoio de uma instituição de caridade interviesse promettendo auxilio e trabalho para o momento da liberdade!

« A cella tem, além disso, a preciosa vantagem, impedir as associações de criminosos, cujo germen se forma frequentemente nas prisões.

« Póde-se dizer com tal ou qual razão, que ha mais rigor no systema de isolamento, porém é preciso distinguir. Mais rigor para o homem perverso, sim, porque elle não receia o contacto de seus semelhantes; pelo contrario, a cella priva-o da sociedade que mais lhe agrada; porém não para o condemnado arrependido. Para este a maior vergonha de achar-se na prisão é justamente a sociedade dos miseraveis que ahi encontra. E isto dá o caracter verdadeiramente particular ao systema individual e o colloca muito acima dos outros. Mais duro para o máo, mais brando para o bom, esse systema proporciona a intensidade do regimen penal ao gráo de moralidade de cada condemnado.

« Por isso todos os povos o teem adoptado, uns como primeiro estagio indispensavel á toda repressão, outros como a propria essencia de seu regimen penal. »

O illustre senador, depois de mostrar a importancia e a necessidade da assistencia publica e particular, indicando como exemplo a *sociedade geral de patrocinio*, fundada em Pariz pelo illustre Sr. de Lamarque, então director da secretaria da administração penitenciaria, terminou com esta eloquente peroração:

« Je me resume : empêcher dans la prison la contagion corruptrice, réveller pendant l'expiation le sentiment du bien et donner ensuite à la bonne volonté le moyen de se soutenir, voilà les seuls moyens efficaces de combatre le fleau social dont on commence si tardivement à s'effrayer et peut être, si ces moyens eussent été mis plus tôt en pratique, ne verrait on pas l'empis ès me chercher un remède au mal dans des combinaisons abandonnées, après une triste et décivisive expérience, par les pays voisins. » (*Applaudissements.*)

I. Stevens, (*) um dos mais competentes penitenciaristas, inspector geral das prisões da Belgica e, por ultimo, director da penitenciaria de Saint Gilles, respondendo no *Jornal dos Tribunaes* de Bruxellas, a um artigo publicado na *Revista da Belgica* pelo Sr. A. Prins, professor de direito criminal na Universidade de Bruxellas, sobre a liberdade condicional, [1] escreveu.

(*) Foi director de penitenciaria durante 34 annos. A' sua competencia em assumptos penitenciarios deve a Belgica a gloria de possuir o *modelo das prisões cellulares*, quer quanto á construcção, quer quanto á organisação interna, pois as obras da penitenciaria de St. Gilles, da qual temos fallado innumeras vezes, foram começadas e terminadas sob sua direcção.

Seu livro « A hygiene da prisão » teve grande acceitação e a edição acha-se exgotada. No Congresso Penitenciario Internacional de Pariz era ouvido sempre com grande attenção. Suas opiniões foram geralmente adoptadas pela 2ª secção e pela assembléa geral. A morte deste funccionario publico é uma grande perda para a Belgica e para a sciencia penitenciaria. O luctuoso acontecimento deu-se em junho do anno proximo passado.

[1] No alludido artigo dizia o Sr. A. Prins « que a Belgica, depois de ter-se achado á frente do movimento, pelo lado das instituições penitenciarias, começava a ser distanciada pelas outras nações ; que o regimen penitenciario convertera-se em massa enorme, rigida e pesada, que não deixa passar um pouco de luz e de vida.

A. Prins é um dos fundadores e actualmente o presidente da União Internacional do Direito Penal », cuja séde é em Berlim ; autor de diversas obras, monographias e estudos sobre a — Liberdade condicional — Criminalidade e repressão — Systema cellular — idade da irresponsabilidade — Nova escola penal — Sentenças indeterminadas, etc.

« Seria temerario affirmar que os progressos da civilisação, da industria e do bem-estar produzem o augmento da criminalidade, dos suicidios e dos casos de alienação mental? que os delinquentes são, em sua mór parte, degenerados no physico, no moral e insufficientemente apparelhados para a luta pela vida? que elles constituem o descredito do estado social e que esse descredito ha de continuar a produzir-se, a despeito dos systemas penitenciarios mais aperfeiçoados?

« Poderão, porém, objectar-me: *porque o regimen penitenciario não estanca a fonte da reincidencia?*

« Por que? E' *porque* um certo numero de criminosos *hão de fatalmente commetter* novos crimes, *pelas mesmas causas* que os arrastaram a commetter o primeiro, e *em consequencia das prevenções*, muitas vezes injustas, com que são acolhidos depois da prisão. [1]

« Estas causas de reincidencia estão fóra da acção penitenciaria e não podem ser por ella conjuradas.

« Effectivamente, em nossa opinião, a pena não é mais do que um meio de prevenir os crimes. O meio preventivo mais poderoso é a extincção do pauperismo, a instrucção moral, religiosa e profissional, unica que póde imprimir nos espiritos esse caracter, esse sentimento publico e esses costumes, sem os quaes as leis não passam de freios impotentes e inuteis.

« As prisões são para o crime o que os hospitaes são para a doença. E' a hygiene publica e privada que previne as epidemias e garante a saude do corpo social.

« Sempre nos pareceu que a intimidação é a base do regimen penitenciario, e que a emenda do criminoso não é — *seu fim principal*, mas tão sómente o *effeito desejavel*; e ainda se nos vem fallar de *penas d'alguns dias de cella*, que não produzem o menor effeito moralisador! Mas, neste caso, não se

---

[1] E' este um dos motivos allegados pelos que pedem a abolição do — *Casier judiciaire* — ou, pelo menos, a suspensão facultativa da inscripção, pela administração.

E' esta tambem a principal utilidade das — *Sociedades de patrocinio dos liberados*.

quer sinão *reprimir* e *restringir* o criminoso em sua liberdade! Este fim nos parece perfeitamente conseguido, e sem o menor perigo, visto como o detido *na cella está privado de todo o contacto corruptor*.

« O regimen repressivo e o regimen penitenciario distinguem-se, absolutamente, um do outro, e delles não se exigem resultados identicos.

« Accusam-nos de submettermos ao regimen cellular delinquentes *semelhantes á mór parte dos homens de sua condição*, que vivem na sociedade.

« Ao nosso ver, não são *semelhantes*, porém completamente *dissemelhantes*, porque *infringiram* a lei.

« Outro defeito de que accusam a cella é que o detido não deve ahi *luctar*, nem *resistir ás tentações*.

« Não acreditamos que este principio tenha sido introduzido em outros systemas de educação, pois elle conduziria a consequencias singulares. Demais, é com asco inexprimivel que nos lembramos das tentações ás quaes devem resistir os condemnados submettidos ao regimen *em commum*.

« Será verdade que a pena de alguns dias de prisão cellular, incorrida por crime que em si mesmo nada tem de vergonhoso, seja uma nodoa, deshonra ou ignominia, a que, por todos os modos, se deva poupar os condemnados?

« Felizmente, assim não é; e o bom senso publico não se engana a esse respeito. Elle sabe que

« *O crime faz a vergonha, não o cadafalso*. »

« E, além disto, a menos que se renuncie aos meios de repressão, duvidamos que as *admoestações* infligidas pelo juiz, nos tribunaes, ou a — *arrestação* — no domicilio, possam substituir efficazmente as penas actuaes.

« Seria temerario dizer que semelhante adoçamento da penalidade ha de produzir a recrudescencia das contravenções?

« Recommenda-se-nos *certos* systemas applicados no extrangeiro, sem reparar que tambem lá se dá o augmento da criminalidade, a despeito do emprego *desses systemas*.

« A França, a Italia e a Allemanha se acham neste caso. E, nesses paizes o regimen da separação vai se alargando, vai sendo ampliado, de dia em dia.

« O novo codigo penal italiano adoptou-a em larga escala; a Hollanda, pela adopção gradual e circum-

specta do regimen cellular, conjurou a reacção, até então feita contra este regimen e em proveito dos systemas *progressivos*.

«Uma grande maioria neste paiz repelle esse principio e não acredita na efficacia desses systemas. E' convicção geral que a *promiscuidade* é perniciosa, seja qual for a maneira da sua organisação; e que, em vez de favorecer a reforma moral, ella faz das *prisões communs* fócos de vicio, escolas de crimes, não obstante todas as precauções.

« E' tambem a nossa convicção, e jámais aconselharemos a adaptação e applicação do systema irlandez na Belgica, sem embargo do que póde ter de attrahente, sob o ponto de vista das idéas humanitarias, o ultimo estragio desse regimen, em que os detidos vivem *entre si*, sem a minima vigilancia, em que elles comem em *mesa commum*, tal qual se faz na *vida livre*. (*)

«Estou convencido de que grande parte dos detidos dar-se-hia perfeitamente com esse regimen; mas seria elle mais efficaz do que o nosso?

« Demais disso, nas nossas penitenciarias communs de Gand e de Vilvorde, cuja organisação é incontestavelmente das mais notaveis, já foram experimentadas as taes classificações, e, em vista de seus effeitos desastrosos, tiveram de ser abandonadas.

« E é a isso que se queria levar-nos, de novo, abandonando esse systema, que já fez sua prova, e que os enviados de todos os governos da Europa veem de vez em quando, estudar e admirar? »

« O emerito penitenciarista refere o que viu na colonia agricola de Trefontene, perto de Roma, onde o saneamento — *de la campagna romana*, por meio da cultura do *eucalyptus*, estava sendo feito pelos condemnados; mostra que isso equivale a voltar — ás galés de outr'ora, e accrescenta:

« Nous doutons fort que les chaines que les condamnés trainent aux pieds, pendant leur travail aux champs sous l'œil vigilant des gardiens ayant la carabine chargée au poing, leur donnent ces sentiments de sociabilité que nos adversaires denient au regime

(*) Systema adoptado comalgumas modificações pelo nosso codigo penal vigente.

cellulaire. N'oublions pas, non plus, que c'est le regime cellulaire qui permettra la suppression, si désirable, de la peine de mort.»

« Não esqueçamos tambem, continúa o brilhante artigo, que — regulamentar todos os detalhes da existencia de um vagabundo, obrigal-o ao trabalho, ao asseio, á ordem e á decencia, é sujeital-o á mais dura das penas, na esperança de lhe proporcionar habitos moraes, dos quaes elle virá a colher, mais tarde, grandes vantagens.

« Recommenda-se-nos ainda, como innovação, sem duvida, a emigração para os paizes do ultramar. Ha mais de vinte e cinco annos que se nos recommenda este meio de *salvação* para os *liberados*, e se nos indicam os mesmos paizes.

« Si o remedio é facil, não o é sua applicação.

« Com effeito, no começo do movimento da emigração para a Republica Argentina, neste anno mesmo innumeras diligencias se fizeram para organisar levas, compostas de *liberados*. Choviam os pedidos, porém nenhum foi deferido pelo governo.

« Demais, ainda não se apagou a lembrança da recepção feita a Falleur na America.

« A uniformidade do regimen cellular constitue outro capitulo de accusação, e pergunta-se-nos si o homem das classes inferiores póde ser regenerado, unicamente pela solidão e pelo formalismo! Mas o systema da separação, que é o nosso, repelle a idéa da solidão. O detido é separado de seus iguaes e posto em contacto frequente com o pessoal encarregado de moralisal-o pelos conselhos salutares e pelos bons exemplos.

« Não se deve, pois, acreditar que os condemnados achem-se mergulhados em completa solidão.

« Quem poderá suppôr que isso se dê com o systema, que tem por base o trabalho na cella, instrucção escolar e moral ministrada, quotidianamente, nas escolas, pratica da religião em capellas admiravelmente apropriadas ás necessidades dos diversos cultos?

« E essa solidão não é, além disso, temperada pelas visitas de todos os membros do pessoal, que, digam o que disserem, desenvolvem zelo inexcedivel nesta obra moral?

« Certamente, nenhum de nós aconselha o emprego da cella para preparar bons discipulos e bons soldados.

Nossos jovens detidos estão nas *casas de reforma*, e os condemnados militares são submettidos a regimen apropriado ás exigencias de sua situação especial.

« Resta a questão do dispendio. Argumenta-se com os *milhões* despen .idos na construcção das prisões cellulares; mas a mesma despeza se faria com as prisões do systema progressivo.

« O custo dos hospitaes é de 3.000 francos por leito. Por este preço se póde construir prisões cellulares, desde que o Governo não queira fazer de cada penitenciaria um monumento. E, ainda uma vez, dizemos — que são questões com que nada tem que ver o systema.»

Em seguida, o emerito publicista faz demoradas considerações sobre o regimen alimentar, e conclue assim:

« Não basta cuidar da emenda moral do detido, é preciso ter em vista tambem sua emenda physica. Seria trabalho inutil reenvial-o á sociedade com as mais honestas intenções, si sua saude, suas forças não lhe pudessem servir para realizar seus projectos de trabalho e de boa conducta.

« Antes de pensar na reforma do que existe, os reformadores devem meditar na passagem seguinte, extrahida da primeira petição que o illustre Ch. Lucas dirigiu ao parlamento em 1828, para o estabelecimento de um regimen penitenciario nas prisões:

« Ha dous modos de abordar a questão da reforma penitenciaria: o primeiro é tratal-o *á priori*, como se diz na linguagem philosophica. Este caminho é o mais curto e tambem o mais attrahente, porque nada agrada mais ao homem do que o arrotear o solo proprio, elevando-se assim á idéa de uma creação sua e que elle possa reivindicar. Inventar é uma palavra que encerra toda a ambição e todo o orgulho do espirito humano.

« Felizmente, eu tenho podido evital-o, e, antes de metter-me a crear um systema penitenciario, entendi, por um justo sentimento de desconfiança das minhas proprias forças e de deferencia para com os trabalhos dos que me precederam, olhar em derredor de mim e reparar si o que eu pretendia já não se achava realizado.»

« Terminaremos exprimindo nossa inteira confiança na acção moralisadora do regimen cellular, e na intimidação que elle exerce no espirito dos que resistiram aos conselhos e exhortações do pessoal das prisões.

* * *

O douto A. Metettal, [1] um dos publicistas mais apreciados pelos que acompanham a marcha evolutiva do direito penal, no seu importante estudo sobre *os trabalhos forçados* e *a cella*, referindo-se á opinião do Sr. Leveillé, deputado pelo departamento de Pariz, a respeito da prisão cellular, emitte os seguintes conceitos, relativamente ao systema cellular :

« Felizmente, antes e depois do sr. Leveillé, outros criminalistas, tão conscienciosos como elle, visitaram as prisões da Belgica, e todos trouxeram impressões de natureza differentes.

« Além das notas dos viajantes, que não fazem mais do que atravessar as penitenciarias, existem os relatorios dos membros das *sociedades locaes de patrocinio*, cujo testemunho é bastante precioso, porque elles vivem em contacto permanente com os detidos. [2]

« São igualmente dignas de menção as estatisticas officiaes organisadas por administrações esclarecidas e que, desde muito tempo vem demonstrando, de modo irrefutavel, quão raros são em Louvain e em Gand a loucura e o suicidio ; os trabalhos importantissimos, tidos mesmo como celebres, do Dr. Aug. Voisin, que encerrou-se na cella de cada um dos condemnados belgas para submetel-os a um exame methodico, esclarecido pelos certificados de entrada e pelas informações relativas aos antecedentes, e, depois, apresentou á nossa Academia de Medicina uma longa serie de observações scientificas. Nessas observações nota-se um concerto de factos e opiniões das quaes resulta esta conclusão consagrada pela mesma Academia:

« Le régime cellulaire, *même prolongé*, lors qu'il est bien appliqué, n'aggrave pas la situation sanitaire des détenus. (*)

« O Sr. Leveillé viu tudo isso, mas não conserva lembrança daquillo que póde servir para combatel-o.

---

[1] Autor de varias monographias e estudos sobre a suppressão da mendicidade — Reforma penal — A publicidade da instrucção preparatoria — Transferencia para Nova-Caledonia e Guyana — A prisão de Gand — O orçamento das colonias.

[2] Um desses relatorios é o do Dr. Cu[illegible]ton, que vamos transplantar para aqui.

(*) E' a *Memoria* que transcrevemos com o parecer da Academia de Medicina de Pariz.

E' inabalavel a sua convicção, e nesta encontra força para resistir á corrente geral, que elle reconhece ser-lhe decididamente contraria.

« Parece, todavia, que o illustre criminalista sente os inconvenientes de seu isolamento, a julgar pelos esforços por elle empregados para fazer crer que na Belgica, nessa terra abençoada da cella, já se manifestava certa reacção contra o systema. Mas, seja-nos permittido fazer-lhe modestamente observar que S. Ex. não tomou sufficientes precauções contra a tentação de exagerar, no sentido das suas idéas, a significação dessa tentativa de reforma, a que se refere.

« Si S. Ex. quizesse dar-se ao trabalho de reler a exposição de motivos do projecto de lei, chegaria facilmente a convencer-se de que o governo estava inspirado de idéas inteiramente differentes daquellas que S. Ex. lhe empresta.

« O ministro da justiça, de então, o eminente Sr. Le Jeune, alli mesmo proclamava — que depois de uma experiencia de muitos annos o regimen cellular havia definitivamente perdido o renome terrificante sob o qual foram feitas as primeiras experiencias.

« Elle contestava que a moralisação, por meio da separação individual, deixara de ser encarada « como uma operação dolorosa para o corpo e para a alma», ao ponto de haver, em grande parte, desapparecido para as classes criminaes o effeito preventivo do novo regimen. O que o Governo queria não era moderar a regra, mas, ao contrario, tornal-a mais severa.

« Para combater com mais efficacia a criminalidade » elle pedia a suppressão das reducções que se operavam sobre a duração das penas, pelo facto de serem estas cumpridas na cella.

« E' verdade que o Governo propunha a reducção, de 10 para 5 annos, da prisão cellular.

« Mas isto não é reconhecer, como pareceu ao Sr. Leveillé, que além daquelle termo a permanencia na cella era verdadeiro perigo para o condemnado.

« O projecto de lei, depois de estabelecer o limite maximo, deixava formalmente á administração liberdade para ultrapassal-o, prolongando o isolamento.

« Demais, esse projecto *dorme nos archivos do parlamento, onde ninguem se lembrou de ir despertal-o,* até hoje.»

Como os outros penitenciaristas e penalistas já mencionados, foi o illustre Sr. J. Drioux (*) visitar as prisões belgas, e dalli trouxe importantes informações acerca dos regimens penitenciarios praticados no paiz.

O distincto penalista dá a nomenclatura de alguns condemnados, com os quaes se entreteve, inquirindo de seus crimes, sua saude physica e mental, seus progressos intellectuaes e industriaes e de suas intenções no futuro.

Em Louvain, procurou os condemnados que já haviam cumprido 10 e mais annos de prisão; em Gand procedeu de igual modo, para poder observar qualquer differença no physico e no moral dos detidos, que tinham estado em Louvain.

Em seguida ás observações relativas ao ultimo condemnado, diz elle:

« Deste conjuncto de observações resulta, para mim, com a maior evidencia — que a prisão cellular constitue uma pena muito mais severa do que a prisão em commum, e que ella age melhor sobre o moral e a vontade do detido.»

Depois de varias observações sobre as penas de trabalhos forçados e sobre a transportação e a relegação, termina assim:

« Resumindo estas impressões, declaro que minha visita aos estabelecimentos penaes de St. Gilles, de Louvain e de Gand, me confirmou na crença da superioridade do regimen cellular, quer para as penas de curta duração, quer para as longas.»

Partidario do systema cellular, pela leitura de alguns livros sobre *questões penitenciarias*, mais convencido fiquei das suas vantagens sobre os systemas de Auburn, de Crofton, e da Servidão penal ingleza, depois de ouvir, no 5º Congresso penitenciario internacional, reunido em Pariz em julho de 1895, e do qual tive a honra de fazer parte, a palavra dos mestres na sciencia penitenciaria.

Tendo, n'essa mesma occasião, travado relações com o illustre director da penitenciaria de St. Gilles, o

---

(*) O Sr. J. Drioux é substituto do procurador geral em Orléans: tem escripto grande numero de artigos, noticias, relatorios sobre questões penitenciarias, todos publicados na *Revista Penitenciaria*.

provecto penitenciarista I. Stvens (por longos annos inspector geral das prisões da Belgica), fui por elle informado de que — para estudar praticamente o systema cellular, era preciso ir vêr a penitenciaria de St. Gilles, em Bruxellas, e a *Maison centrale* de Louvain.

Fiz, então, o que antes de mim haviam feito os illustres penalistas a quem tenho me referido, e o que, depois de mim, teem feito outros, cujas observações, apresentadas á « Sociedade Geral das Prisões », constam da *Revista Penitenciaria*, publicada pela mesma humanitaria sociedade, sob a direcção de seu dedicadissimo, incansavel e operoso secretario geral, o illustre Sr. A. Rivière, um dos mais extrenuos defensores da *cella penitenciaria*. (*)

Foi assim que tive occasião de visitar as prisões da Belgica, sendo recebido com a mais perfeita gentileza e cortezia pelos seus directores, que tambem tomaram parte no 5° Congresso penitenciario internacional.

D'elles proprios obtive todas as informações de que carecia para o estudo comparativo dos diversos systemas e das penitenciarias francezas e portuguezas, que eu já tinha visitado.

Fiquei verdadeiramente maravilhado ante a organisação que o Governo patriotico da Belgica deu ás duas penitenciarias cellulares, onde reinam absolutamente a ordem, o silencio peculiar ao systema, o asseio irreprehensivel e a necessaria hygiene; tudo isso devido á competencia e honestidade profissional dos directores e demais empregados.

Debaixo do ponto de vista da organisação do trabalho, póde-se dizer que St. Gilles e Louvain são duas grandes officinas, onde os operarios trabalham como as formigas, sem o minimo ruido e sem poderem ser vistos nas suas galerias, que lhes servem de morada e de laboratorio. (**)

(*) Arbert Revière, magistrado aposentado, commendador de Santo Estanisláo, membro do Conselho Director da Sociedade Geral das prisões e Redactor da *Revue Pénitentiaire*, na qual se encontra dezenas de bons artigos seus a respeito dos mais importantes assumptos sobre a sciencia penitenciaria e o direito penal.

(**) Louvain é o nome pelo qual é geralmente conhecida a penitenciaria cellular de Louvain, apezar de haver nessa mesma cidade outras prisões.

Com effeito, são de tal sorte construidas e organizadas essas prisões que o visitante da primeira vez persuade-se que os condemnados não trabalham nas cellas, pois não se ouve o mais leve rumor.

Entretanto, quando passa a visitar as cellas, em todas encontra os detidos trabalhando.

Releva notar que os condemnados, em sua maior parte, trabalham no officio de sapateiro, o mais ruidoso dos ensinados na penitenciaria.

Visitei duas vezes essas penitenciarias, demorando-me, de cada uma, cerca de tres horas. Fui ás horas do trabalho, ás das visitas e as da escola.

Em Louvain conversei detidamente com 16 condemnados, que já haviam cumprido mais de dez annos de prisão, e todos me declararam «preferir continuar a cumprir a pena alli».

Alguns já haviam estado em Gand (depois dos primeiros 10 annos de prisão cellular), onde não puderam habituar-se ao regimen, que, entretanto, não é o da *promiscuidade*, pois em commum se passa sómente o trabalho.

Os dados que colhi n'essas penitenciarias não teem o valor daquelles que o illustre Dr. Georges Guelton reuniu no importantissimo relatorio publicado na *Revista Penitenciaria*, pois nem possuia, naquelle tempo, os conhecimentos necessarios para encarar devidamente as questões penitenciarias, nem é em duas visitas que se póde fazer observações valiosas sobre a pratica de qualquer dos systemas penitenciarios.

As observações do illustre secretario do *comité* de patrocinio dos detidos e liberados das prisões de Louvain têm o cunho da longa pratica adquirida nas frequentes visitas feitas aos condemnados da prisão central de Louvain.

Nenhum dos illustres visitantes d'aquella prisão, cujos relatorios se acham publicados, teve as vantagens do Dr. Guelton; nenhum podia colher melhores dados baseados na observação demorada da pratica do systema cellular.

Damos, por isso, preferencia ao alludido relatorio, na parte referente aos resultados da prisão cellular.

Depois de haver demonstrado, por meio de factos verificados com todo o cuidado e narrados com a maxima lealdade, que a influencia da cella não é perni-

ciosa, ou nefasta, á natureza physica e moral do condemnado, diz o Dr. Guelton :

« Vou agora mostrar os resultados que o systema produz.

« Não farei desfilar diante de mim os 570 condemnados, que actualmente existem na penitenciaria de Louvain; basta-me tratar daquelles cuja detenção já excede de 10 annos. Eu os passarei rapidamente em revista, examinando-lhes os crimes, o caracter, a indole, o gráo de correcção a que já attingiram e o effeito que o isolamento exerceu sobre elles.

« Será, sem duvida, uma lista bem monotona de 29 nomes, porém será tambem um documento digno de ser consultado pelos que estudam a questão da influencia da longa detenção cellular.

« Na França, na Allemanha, na Hollanda, na Inglaterra, o systema da longa detenção cellular não é applicado como na Belgica.

« Si eu tivesse de emittir minha opinião, seria para que cada legislador viesse examinar a prisão central de Louvain, afim de convencer-se da efficacia do systema cellular. Encontraria os detidos sãos de corpo e de espirito, alguns até de intelligencia viva e lucida, e eu estou convencido de que, chamados elles proprios para darem sua opinião, todos repetiriam o que a mim todos têm dito: « Preferimos a cella ».

« W, de 45 annos, condemnado a trabalhos forçados perpetuos em 1880, por assassinato e roubo. Era estucador e já havia sido condemnado mais de uma vez. Tem sido punido correccionalmente, muitas vezes, por infracção do regulamento da penitenciaria. Suas disposições moraes, ao principio más, acham-se vantajosamente modificadas. Se diz innocente. Genio arrebatado ; é, entretanto, alegre e sadio. Prefere a cella.

B., de 54 annos, condemnado em 1883 a trabalhos forçados perpetuos, por ter assassinado um guarda rural. De boa conducta anterior, genio franco e alegre. Nunca adoeceu. Espirito lucido, vivo e ardeute. Está realmente emendado. Prefere a cella, porque ahi está mais socegado. Nunca pedirá transferencia para outra penitenciaria. Sua pena foi, ha pouco tempo, commutada em 20 annos.

D., 39 annos, condemnado a trabalhos forçados perpetuos em 1881, por homicidio voluntario contra a amante, que queria abandonal-o. Matou-a a punha-

ladas. Boa conducta anterior. Era militar. Só uma vez foi punido correccionalmente na penitenciaria. Caracter fraco. Ciumento e ardiloso. Conducta e disposições moraes boas. Aprendeu o officio de encadernador na prisão. Bôa saude. Espirito claro e activissimo. Nunca trocará Louvain por Gand.

B., 37 annos, condemnado em 1882 a trabalhos forçados perpetuos, por ter assassinado um companheiro, que requestava uma rapariga a quem elle amava. Conducta anterior boa. Era excellente encadernador. Conducta na prisão e disposições boas. Goza boa saude. Prefere ficar em Louvain. Está corrigido.

L., 43 annos, condemnado á morte, por assassinato e roubo em 1882. Sua conducta anterior era boa; dava-se, todavia, um pouco á embriaguez. Trabalha de sapateiro. Sua cella é de um asseio notavel; sua ferramenta é disposta em perfeita ordem. E' excellente operario e trabalha muito. Boa saude. Conducta e disposições moraes boas. Revela desejos de corrigir-se e rehabilitar-se. Espirito lucido. Prefere a cella. Teria receio de ser conhecido na prisão de Gand. Pediu-me para tomar seu filho sob minha protecção e velar por elle, afim de que, como o pai, não venha a commetter crime.

P., 47 annos, condemnado á morte em 1882, por assassinato. Era negociante. Boa conducta anterior. Tinha já cumprido pena por delicto politico. Conducta e disposições moraes boas. Intelligencia lucida, Genio vivo. Já esteve doente. Exerce o officio de traductor. Prefere a cella. Tem receio de achar-se em companhia de outros condemnados.

De B., 38 annos, condemnado a trabalhos forçados perpetuos em 1883, por ter assassinado a mulher. Seus antecedentes são máos. Trabalha de sapateiro. Conducta e disposições moraes excellentes. Genio alegre; caracter franco. Não adoeceu uma só vez ainda na penitenciaria. Prefere a cella, onde se considera como em sua casa. Está emendado.

Van N., 36 annos, condemnado a trabalhos forçados perpetuos em 1883, por ter assassinado sua mulher (esta dava-se ao vicio da embriaguez). Uma noite, ao chegar elle á casa, encontrou-a, a mulher estendida no soalho; deu-lhe cacetadas e conduziu-a para a cama. Pela manhã, viu que estava morta. Não era bôa sua conducta anterior. Trabalha de sapateiro. Conducta

e disposições moraes boas. Nunca adoeceu e goza boa saude. Genio alegre. Aptidão para o trabalho excellente. Applicação ao estudo satisfactoria. Póde ser considerado corrigido. Prefere a cella e não deseja a companhia dos outros presos.

I., 33 annos, condemnado em 1881, por assassinato e roubo. Matou um companheiro para roubal-o e por vingança. Era empregado n'uma fazenda de criação de gado. Tinha sido condemnado anteriormente. E' operario mecanico na penitenciaria. Genio violento e arrebatado. Espirito lucido e vivo. Já tem incorrido tres vezes em castigos, por infracção do regulamento. Suas disposições moraes são, todavia, soffriveis. Excellente saude. Prefere a cella, porque ahi está mais socegado.

B., 31 annos, condemnado á morte, por assassinato e roubo, em 1883. Já havia cumprido sentença. Trabalha de copista e tem grande aptidão para o trabalho. Suas disposições moraes e sua conducta são bôas. Bôa saude. Caracter pouco franco, mas espirito lucido. Prefere a cella, porque não poderia habituar-se ao regimen da prisão em commum. Revela desejos de corrigir-se.

F., 49 annos, condemnado a trabalhos forçados perpetuos, por incendio voluntario e subtracção fraudulenta, em 1884. Conducta e disposições moraes bôas. Vai a bom caminho da emenda e rehabilitação. Trabalha de alfaiate. Genio mais ou menos irritavel. Fraco de caracter. Nunca adoeceu. Prefere a cella, onde acha-se como em sua casa. Já tinha sido condemnado muitas vezes. Desde tenra idade ficou abandonado de pais e parentes.

B., 26 annos, condemnado em 1884 a trabalhos forçados perpetuos, por tentativa de morte, roubo e duas tentativas de roubo. E' encadernador. Conducta anterior má. Tem tentado muitas vezes evadir-se. Sua conducta na penitenciaria, ao principio má, tornou-se boa, e suas disposições de animo são muito melhores. Boa saude. Espirito vivaz e lucido. E' provavel sua emenda.

R., 42 annos, condemnado em 1884 a trabalhos forçados perpetuos, por ter assassinado um guarda campestre. Era caçador furtivo. Não era boa sua conducta anterior. Suas disposições moraes são hoje excellentes. Bom genio. Espirito claro e vivaz. Economisa com a *cantina* para soccorrer sua velha mãi

Goza excellente saude. Prefere a cella. Em bom caminho da rehabilitação.

P., 52 annos, condemnado á morte em 1884, por crime de morte e roubo na via publica. Conducta anterior má. Trabalha de alfaiate, e sua aptidão para o officio é excellente. Disposições moraes e conducta boa Aprendeu a ler, a escrever e a contar depois que entrou na penitenciaria. Tem grande amor aos filhos. Boa saude. Espirito são. Está corrigido. Prefere a cella e não pedirá transferencia para as prisões em commum.

L., 29 annos, condemnado em 1885 a trabalhos forçados perpetuos, por crime de morte. Depois de copiosas libações com outros, por occasião de uma kermesse, matou um dos companheiros. Conducta anterior boa. Nunca deu-se á vida de excessos e desregramentos. Trabalha de sapateiro. Excellentes disposições moraes e conducta na prisão. Grande aptidão para o trabalho. Caracter franco. Espirito vivaz e lucido. Nunca adoeceu. Prefere continuar em Louvain, apezar de seus pais habitarem Gand, « porque na prisão desta cidade vive-se em commum, e ha criminosos de todas as especies, além de que, em Louvain, póde-se apreciar melhor a conducta dos condemnados ». Está emendado.

Van H., 47 annos, condemnado em 1885 a trabalhos forçados perpetuos, por haver tentado envenenar sua mulher.

Conducta anterior irregular. Tinha relações com outra mulher e dava-se ao vicio da embriaguez. Conducta actual e disposições moraes boas. Trabalhava de sapateiro, e tem grande aptidão para o trabalho. Ainda não adoeceu. Espirito são e vivaz. Em via de corrigir-se. Prefere a cella, onde acha-se como em sua casa.

D., 39 annos, condemnado á morte, por duplo assassinato, seguido de roubo em 1881. Assassinou duas damas e lhes roubou uma somma importante. Já havia sido condemnado tres vezes, por crime de falsidade. Era tendeiro, porém, dirigia mal seus negocios. Na penitenciaria é copista. Tem sido punido tres vezes por infracção do regulamento, e são duvidosas suas disposições moraes. Genio emprehendedor e hypocrita. Boa saude. Espirito vivaz e são. Prefere morrer na cella a pedir transferencia para qualquer prisão em commum, porque lhe repugna a promiscuidade com outros condemnados. Entretanto, sua mulher reside em Gand.

M.., 36 annos, condemnado á morte, por assassinato seguido de roubo em 1881. Sem condemnação anterior. Era magarefe. Nunca commetteu actos desregrados. Conducta e disposições moraes excellentes. Não soffreu ainda punição disciplinar. Genio emprehendedor. Caracter resoluto, porém um tanto falso. Soffreu de rheumatismo, mas hoje goza boa saude. Espirito são. Prefere o regimen cellular.

D., 53 annos, condemnado em 1880 a trabalhos forçados perpetuos, por estupro, assassinato e roubo. Estuprou a fazendeira de quem era criado e a estrangulou. Confessa o assassinato, mas nega o estupro. Não tinha condemnação anterior. Dava-se um pouco ao vicio da embriaguez, mas não era libertino. Boa conducta na prisão, e soffriveis disposições moraes. Genio violento, algumas vezes cynico. Excellente saude. Espirito lucido. Prefere a cella, embora não espere sahir d'ella, porque seus crimes são muito graves (textuaes).

S., 41 annos, condemnado em 1878 a trabalhos forçados perpetuos, por ter matado um filho natural que sua mulher tivera antes de casar-se e que elle reconheceu. Se diz innocente. Má conducta anterior, boa na penitenciaria. Disposições moraes duvidosas. Genio um tanto violento. Espirito claro. Diz elle — que não sabe o que é estar doente. Prefere a cella.

De W., 45 annos, condemnado á morte em 1878 por assassinato. Foi cumplice de um amante no assassinato do marido da concubina. Já tinha cumprido a pena de um anno de prisão por furto. Conducta na prisão, boa. Emenda mui provavel. Caracter fraco, genio submisso, espirito claro. Trabalha de alfaiate. Ainda não adoeceu. Prefere a cella.

D., 55 annos, condemnado á morte em 1870 por assassinatos, roubos, envenenamentos e falsificação de documentos commerciaes. Era negociante de gado. Conducta anterior pessima. Foi soldado, e muitas vezes soffreu castigos disciplinares. Na prisão sua conducta é regular, mas carece de indulgencia. Genio violento e caracter sombrio. E' um incorrigivel perigoso.

D., 52 annos, condemnado em 1877 a trabalhos forçados perpetuos, por deserção e tentativa de assassinato contra sua mãi, para assegurar a impunidade de um roubo. Conducta anterior má. Era militar e

incorreu 52 vezes em pena disciplinar no regimento. Na prisão sua conducta é boa e suas disposições moraes satisfactorias. Espirito são e vivaz, genio audacioso. E' empregado na lavanderia. Gosa saude. Prefere a cella e dá esperanças de emenda.

Van B., 38 annos, condemnado em 1881 a trabalhos forçados perpetuos, por assassinato e attentado ao pudor. Achava-se embriagado quando commetteu o crime. Havia cumprido a sentença anteriormente, porém não tinha má conducta. A condemnação actual foi commutada em 20 annos de trabalhos forçados. Trabalha de alfaiate. Conducta e disposições moraes boas. Espirito são, boa saude, genio brando e submisso. Prefere a cella.

D., 54 annos, condemnado á morte em 1870, por assassinato e roubo na via publica. Sua conducta era má em consequencia de infelicidades conjugaes. Na prisão é boa, e suas disposições moraes, excellentes. Trabalha de sapateiro e tem grande aptidão para o trabalho. Está emendado. Confessa ter premeditado o roubo e ter participado do producto d'elle. Não declara, porém, o nome dos cumplices. Já esteve em Gand, mas prefere Louvain, cujo regimen permitte melhor julgar das disposições do condemnado. Foi bastante desagradavel a impressão que lhe causaram os condemnados de Gand, onde passou sete annos. Não tem adoecido. Espirito são, genio brando. Está emendado.

Van D., 45 annos, condemnado á morte em 1884, por ter assassinado e roubado sua patrôa. Era mineiro. Má reputação anterior. Trabalha de tecelão. Aptidão para o trabalho, mediocre. Conducta na prisão boa. Espirito são; genio vivo. Ainda não adoeceu. Já esteve em Gand, mas prefere Louvain, porque ahi está mais socegado. Em adiantado caminho de emenda.

R., 51 annos, condemnado á morte em 1882, por ter assassinado a sua concubina. Conducta anterior má. E' alfaiate e tem grande aptidão para o trabalho. Boa conducta na prisão. Dá esperanças de rehabilitação. Já esteve em Gand, durante oito mezes, mas prefere o regimen cellular, porque na cella está mais socegado. Genio vivo, mesmo um pouco violento. Espirito são. Goza boa saude: só se queixa de dôres de cabeça.

L., 49 annos condemnado á morte em 1884, por haver assassinado sua concubina. Conducta an-

terior, má; na prisão tem sido boa. Genio vivo, porém hypocrita. Saude excellente. Pediu transferencia para Gand, pensando que o regimen dessa prisão era igual ao de Louvain. Preferia a cella, porque ahi póde lêr e trabalhar tranquillamente. Espirito são. Trabalha de sapateiro.

D., 56 annos, condemnado á morte em 1869, por assassinato e roubo. Conducta anterior, má. Trabalha de alfaiate. Espirito vivo e são. Genio brando e alegre. Já esteve em Gand, duas vezes: da primeira, tres annos e meio, e da segunda, sete mezes. Teve um ataque de apoplexia, mas acha-se completamente curado. Conducta e disposições moraes, excellentes. Está emendado. Prefere a cella, pela tranquillidade que ahi encontra.

« Parece-me vantajoso resumir esta nomenclatura em um quadro que contenha a idade do condemnado, a data da entrada na prisão e o tempo já decorrido do cumprimento da sentença.

« Convem lembrar que todos passaram muitos mezes nos outros estabelecimentos, em prisão preventiva.

Numero dos detidos	Idade	Penas	Tempo decorrido
2	de 24 annos	1 de 42 annos	2 de 10 annos
1	de 29 »		
2	de 33 »	1 de 41 »	5 de 11 »
3	de 37 »	3 de 39 »	4 de 12 »
		1 de 38 »	
2	de 38 »	2 de 37 »	4 de 13 »
3	de 39 »	1 de 36 »	5 de 14 »
2	de 24 »	3 de 34 »	2 de 15 »
1	de 42 »		
2	de 43 »	4 de 30 »	2 de 17 »
3	de 45 »	3 de 29 »	1 de 18 »
2	de 47 »	3 de 25 »	1 de 24 »
3	de 52 »	4 de 24 »	2 de 25 »
3	de 54 »	1 de 23 »	1 de 26 »
		2 de 19 »	
29		29	29

« Eu poderia dizer, tomando como argumento, a duração de — dez annos de prisão cellular — que

esta pena *póde ser perfeitamente supportada por individuos de todas as idades.*

« Poder-se-hia tambem argumentar com as differentes idades a respeito da loucura e degenerescencia dos detidos.

« E', diz Henry Joly, dos 30 aos 40 annos, que os alienistas reconhecem o maior numero de casos de loucura.

« Durante os tres primeiros mezes do corrente anno (1895) oito detidos foram transferidos para a enfermaria; sete ficaram curados; só um falleceu.

« Alguns detidos simulam loucura, afim de serem transferidos para um asylo de alienados, de onde podem mais facilmente evadir-se. Mas a sciencia não dorme, e o medico alienista derriba todos os castellos.

« Poderá causar horror aos que acreditam que a prisão cellular produz — o desequilibrio e a degenerescencia, o retrato dos 29 condemnados acima mencionados?

« A lei franceza de 1875 applica o regimen cellular sómente ás penas inferiores a um anno de detenção, e o Sr. Leveillé considera razoavel esse limite.

« O illustre professor de direito, adversario decidido da prisão *em commum* para os delinquentes primarios,— « *porque para taes hospedes esse modo de cumprimento da pena é a escola preparatoria da reincidencia* — me permitirá observar-lhe que o *mesmo regimen* não é menos *essa escola — para o condemnado a 5, 10 e 15 annos de prisão.*

« Um condemnado póde entrar para a prisão aos 20 annos, por exemplo, e della sahir aos 25 ou 30.

« E não terá estado nessa *escola preparatoria da reincidencia,* corruptura de tudo quanto lhe restava de honesto e, talvez, de innocente? Ao passo que, entregue aos seus pensamentos, teria melhor comprehendido a falta commettida, e, provavelmente, emendado, voltaria a occupar seu lugar na sociedade.

« Não se póde negar que a reincidencia augmenta. E', sem duvida, um grande mal; porém talvez menor do que seria — *o de vermos todos os detidos de nossas prisões entrarem nellas como criminosos primarios. O mal se localisa:* é uma expressão acceita por todos os penalistas. A gangrena não se alastra.

«Segundo uma estatistica, que tenho sob os olhos, no periodo triennal de 1878 a 1880, dos 561 condemnados enviados ás prisões de Gand e de Louvain — 297 eram *reincidentes*. Em 31 de dezembro de 1884, na prisão central de Louvain, existiam 330 reincidentes sobre 558 detidos.

«São multiplas as causas da reincidencia : a miseria, a immoralidade, o alcoolismo, o appetite não refreado dos gozos de todo genero, a convivencia com *liberados* não rehabilitados, a hereditariedade, talvez, a degenerescencia do espirito, *a propria sociedade*.

«Uma das maiores causas da reincidencia é, porém, a prevenção que a sociedade tem contra os *liberados*, prevenção que alguns penitenciaristas consideram natural. A sociedade vê nelles um incorrigivel, um eterno decahido. O patrão, a quem é elle apresentado, recusa-o, porque faz este raciocinio : «Que diria minha clientella, que diriam meus collegas si soubessem que eu tinha no meu estabelecimento um operario que foi condemnado por crime de roubo, ou um commissario que passou alguns annos na prisão, por estellionato ? »

« E o que virá a ser esse *liberado*, emendado, rehabilitado pelo cumprimento da sentença, repellido por todos e de toda parte ?

« Reincide, certamente, em seus antigos erros.

« E, é um reincidente que se deve metter n'uma prisão *em commum*, na sociedade de outros condemnados peiores do que elle ?

«Ha reincidentes que podem ser salvos : eu conheço alguns exemplos.

« Um liberado, que havia sido condemnado por crime de roubo, veio procurar-me, pediu-me ferramenta e uma pequena quantia para deixar a cidade e ir trabalhar nos fossos. Tive certa apprehensão, e lhe respondi que voltasse mais tarde. Elle voltou, com a mulher e um filho de alguns mezes, e, mostrando-me esses entes tão caros, me disse :

« — Eu quero ser honesto e trabalhar para elles. »

« Partiu para Charleroi, sob a protecção do meu *comité*, e, no fim de tres annos, graças á sua vida de trabalho honesto e de sacrificios, tornou-se um operario honrado e estimado.

«Ha cem casos semelhantes.

« Beaumont e Tocqueville diziam : « Si é possivel a emenda do máo, ella só póde ser obtida por longo isolamento, profunda meditação, habito do trabalho e obediencia á uma regra. »

« Todas estas condições existem na *cella penitenciaria*. O isolamento, temperado pelas visitas leva o condemnado á meditação. Elle adquire o habito do trabalho, e, quando sahir, já está acostumado á uma regra, que será para elle *uma segunda natureza*.

« Não admira, pois, que o isolamento produza o abatimento do condemnado, no começo da detenção.

« A mudança radical de vida é penosa para todo homem habituado á sociedade, e sobretudo para os malfeitores, acostumados á vida de vagabundagem e de aventuras, que formam o grosso contingente do exercito do crime. Mas, bem depressa penetra-lhes no espirito a calma ; as sãs reflexões suggeridas pelos visitantes lhes fazem comprehender a importancia da sua falta e o beneficio da liberdade perdida. Elle tambem percebe, então, que o isolamento o corrigirá e concorrerá para a sua rehabilitação.

« Poderia obter o mesmo resultado nas prisões em *commum* ?

« Não. Elle ahi veria o cynismo mais desavergonhado, tanto de gestos como de palavras ; ouviria a historia dos crimes mais hediondos e repellentes, referida sem pudor e com jactancia. Acaso encontraria nesses asylos o recolhimento indispensavel á alma que quer reerguer-se pela expiação, que quer regenerar-se, emfim ? Impossivel : esse infeliz não aprenderia, no seio da maior corrupção, sinão a desprezar a si proprio, depois de haver desprezado seus companheiros de prisão. O *comportado* torna-se objecto da zombaria e dos sarcasmos dos máos, e cansado de resistir e de lutar, acabará por perder-se inteiramente.

« Duvidará ainda alguem que a communicação dos detidos entre si torna inevitavel a corrupção e, por conseguinte, impossibilita necessariamente a emenda e a rehabilitação, que são o principal fim da pena ?

« O isolamento, ao mesmo tempo que permitte ao condemnado reflectir e meditar, facilita a tarefa moralisadora do visitante, que o achará quasi sempre disposto a receber, ou, ainda melhor, a comprehender e seguir seus conselhos.

« O illustre Dr. Aug. Voisin, tendo visitado a prisão central de Louvain e examinado cada um dos detidos que haviam cumprido mais de 10 annos de prisão, poude dizer:

« A impressão que eu tive, conversando com os condemnados, foi que todos sentem-se como em suas casas e consideram a cella como o seu *home*.

« Debaixo do ponto de vista da hygiene e da saude, *nada* foi esquecido, para que *tudo* fosse organisado nas *melhores condições possiveis*.

« Resulta das observações por mim feitas nas prisões cellulares da Belgica que esse regimen reduz a mortalidade ao minimo, e não provoca mais do que os outros modos de prisão a alienação mental ou a idéa de suicidio.»

« Em 1844, um escriptor que não póde ser suspeito como partidario do regimen cellular, o illustre Perquin de Gembloux já dizia: « Tem-se acreditado que o silencio e o isolamento produzem a loucura, e chegou-se mesmo a citar factos em apoio dessa asserção; mas não ha duvida — *que esses factos foram mal encarados, mal interpretados ou mal observados*.

« E depois daquella época, quantos melhoramentos no regimen cellular! Introduziu-se-lhe o trabalho e as visitas.

« A missão do pessoal é, sem duvida, bastante elevada, e eu attesto que é desempenhada com tanto tacto quanta dedicação; porém aos que peuetram na cella, simplesmente por espirito de caridade, aos que teem sido levados á Belgica pela generosa iniciativa de um homem, cujo nome personifica essa virtude, a esses cabe uma grande parte na obra da regeneração dos condemnados.

« As visitas aos detidos, visitas feitas na cella, são necessarias.

« Si se quer conhecer o detido, si se quer encorajal-o, fortalecel-o em suas boas disposições, despertar nelle a idéa da familia, fazer nascer as resoluções proveitosas, é lá onde elle passa a vida, onde elle soffre, onde elle chora, talvez, que é preciso vel-o.

« Com que impaciencia espera elle essa visita, que o sensibilisa! Como elle se lembra da ultima que lhe foi feita e da que lhe foi promettida!

« E como elle acolhe o visitante!

« *Eu vos esperava; viestes em tal dia; me promettestes voltar em tal outro, e já são passados tantos! Dissestes-me que fizesse tal cousa, eu a fiz; está bôa? Foi o melhor que pude fazer.*»

« E' incontestavel, sob o ponto de vista do *liberado*, que essas visitas são necessarias para bem conhecer o detido, e tomar a responsabilidade de empregal-o.

« O condemnado não deve ver sómente os membros da administração e o pessoal da penitenciaria. Não quero diminuir-lhes o merecimento; mas elles não gozam do *monopolio* da moralidade e dos sentimentos generosos. Pelo simples facto de serem — *a administração*, o detido (sem razão, me parece) não confia nelles, não se abre com elles.

« Quem o pune pela transgressão do regulamento? *A administração*.

« E se póde exigir que elle se entregue confiadamente áquelles que o punem, ainda sendo justa a punição?

« O detido sabe que o extranho vem vel-o espontaneamente, por espirito de caridade: traz-lhe suas consolações e seus conselhos, e com palavras de animação e conforto levanta-lhe o moral abatido; falla-lhe da familia; emfim, vem prestar auxilio á obra da administração e do pessoal do estabelecimento, mas sem os compromissos e obrigações que impõe um cargo.

« Para que a visita seja proveitosa é necessario que seja completamente livre. O detido deve saber que póde fallar livremente.

« E' preciso que o visitante o procure simplesmente para fallar-lhe de seus soffrimentos, mostrar-lhe que os comprehende e derramar um pouco de balsamo nas suas maguas. E' preciso attrahir a confiança — primeira condição para conseguir-se o beneficio, que deve resultar das visitas.

« Em conclusão: Nenhum dos detidos de mais de dez annos de cella, na penitenciaria de Louvain, póde ser classificado como *degenerado* ou *desequilibrado*.

« A saude de todos é bôa: o espirito ha conservado a natural lucidez. Todos preferem a cella ao *regimen commum*: todos se acham emendados ou em via disso.

«No portico da penitenciaria se lê, em baixo relêvo:

«*A Justiça pune o delinquente e a Caridade recebe-o em seus braços.*

«E' d'ahi, com effeito, depois da expiação, emendados pela solidão, pelas visitas, pelos conselhos e pelo trabalho, que os *liberados* partem para retomar seu logar na sociedade.

«A cella será, para uns, a lembrança de pensamentos amargos; para outros, a espada de Damocles suspensa sobre suas cabeças; tendo sido para todos a occasião de se recolherem em si mesmos e de poderem comprehender a felicidade da vida livre e honesta.

«A liberdade é a suprema esperança do condemnado. Elle sabe que, emendando-se, poderá de novo gozal-a. O proprio condemnado á morte não acredita que tenha de *fechar os olhos* na cella, e espera...

«Nenhum dos condemnados de Louvain repetirá no dia da liberdade o verso do grande poeta no *Prisioneiro de Chilon* (*) ; mas todos podem affirmar — *que se acham habituados ao regimen cellular e preferem sua pequenina cella ao regimen da communhão do crime.*

«Muitos outros documentos colligidos por penalistas de creditos bem firmados entre os scientistas; muitas outras opiniões de profissionaes abalisados poderiamos citar, no sentido de mostrar — que não ha mais razão para se attribuir ao systema cellular effeitos *nefastos* sobre a saude physica e mental do indiciado, ou do condemnado, desde que elle seja praticado como na Belgica, na Hollanda, na Suécia e, ultimamente, na França, na Suissa e na Italia.

«Acreditamos, porém, que, á vista do que vimos de expender, de modo claro, e com a maxima exactidão, lealdade e minuciosidade, podemos formular as seguintes interrogações:

O regimen cellular, assim organisado, é ou não capaz de conciliar as exigencias da prisão com os meios de conservar a saude do condemnado e levantar-lhe o nivel moral?

(*) Eu e minhas cadeias já eramos tão amigos que não posso mais reconquistar a liberdade sem saudades — *Lord Byron*.

Não é o condemnado um membro que violou as leis da sociedade, e contra o qual esta se premune afastando-o de seu seio pela segregação na qual lhe proporciona meios de comprehender a gravidade da sua falta e de rehabilitar-se pelo arrependimento e pela correcção ?

A respeito do condemnado é necessario evitar um duplo escolho: de um lado, o sentimentalismo que o faz considerar — doente e inconsciente, e que ha suscitado doutrinas inadmissiveis,—do outro, a tendencia contraria, engendrada por implacavel severidade,— *exageros oppostos igualmente funestos.*

A sociedade não encarcera o criminoso sinão porque é esse o meio menos deshumano de afastal-o de seu seio.

Ainda assim, fal-o de modo a poder conseguir a sua rehabilitacão, afim de que, voltando ao meio de onde foi arrancado pelo crime, elle se mostre emendado e tenha elementos de vida que antes não possuia, um officio e alguma instrucção, para que não reincida quer por effeito da indigencia, quer por ignorancia das noções rudimentares dos deveres do homem para com a sociedade e para comsigo mesmo.

Si o penitenciado não possue má indole, a punição produz, infallivelmente, os seus naturaes effeitos. Si, porém, é um incorrigivel, não será o adoçamento, nem a recrudescencia dos meios de punição, que lhe hão de transformar os instinctos.

A prova de ser uma verdade incontrastavel o que acabamos de affirmar é que nos paizes onde a sciencia penitenciaria tem sido estudada com seriedade, com interesse e com amor, são applicados todos os systemas penitenciarios conhecidos, e em todos elles ha reincidentes. E, é facto perfeitamente averiguado, constatado e apurado, que *a cifra da criminalidade* só tem diminuido sensivelmente nos paizes onde se applica o verdadeiro regimen cellular.

II

O SYSTEMA D'AUBURN

O systema d'Auburn tira sua denominação da cidade d'esse nome, dos Estados-Unidos da America, onde foi posto em pratica em 1824, embora não fosse

alli, mas sim em Gand, em 1775, que, pela primeira vez, tivesse tido applicação o systema do isolamento durante a noite, com trabalho em commum, mas em silencio, durante o dia, que é a caracteristica do systema hoje conhecido pela denominação d'Auburn.

O principio cardeal desse systema, segundo as idéas de seus promotores ou creadores, é, como se vê, o isolamento do preso; porém a separação não é mais por meio de paredes, como no systema cellular, é pela disciplina, pela lei rigorosa do silencio.

Não é mais a separação material que elle tem por fim, é a separação moral.

Toda infracção á regra do silencio é severamente punida.

Esse terrivel constrangimento, mais duro do que o isolamento cellular, não póde ser imposto (comprehende-se bem) sinão por meio dos mais severos castigos.

O isolamento artificial, obtido por esse meio, é mais cruel do que o isolamento absoluto da cella.

Demais, si não é puramente illusorio, não póde exercer influencia alguma moralisadora sobre o espirito do detido, porque o colloca continuadamente entre o receio do castigo e a tentação de violar a regra.

Penitenciarista illustre faz, nas seguintes palavras, a critica desse systema:

«On fait vivre un homme au milieu d'autres hommes, et on lui dit: *vous ne les regarderez pas, vous ne leur parlerez jamais.*»

Na cella, ao menos, o preso não tem a tentação de communicar-se com os outros, porque não encontra meios para fazel-o; ao passo que, na vida commum da officina, a tentação é de todos os momentos e a separação moral que se lhe impõe torna-se verdadeiro supplicio de Tantalo.

A experiencia fez modificar na America o systema da *separação moral*, como fizera modificar a idéa primitiva do systema cellular.

Embora a lei do silencio fosse mantida como principio, moderou-se um pouco o rigor excessivo em sua applicação, na mór parte das penitenciarias dos Estados-Unidos.

Um dos homens mais versados na sciencia penitenciaria, Mr. Miller, do Missouri, não hesitou,

segundo o testemunho do illustre Dr. Wines, em declarar que ao systema do trabalho em commum é impossivel applicar a regra do silencio.

«A homens reunidos, diz Miller, é preciso tratar como homens. Não se póde condemnal-os a um eterno mutismo». (*)

A modificação da idéa primitiva do systema d'Auburn, como a do systema de Philadelphia, prova que em materia penitenciaria, como em qualquer outra, não se deve ter idéas absolutas, que raras vezes são praticas.

«A transformação do systema d'Auburn foi menos feliz do que a do systema de Philadelphia, asserta escriptor de nota.

« Abandonada a idéa impraticavel da separação moral, abandonado fica o proprio systema, e volta-se aos inconvenientes do regimen *em commum*. Ao contrario, a modificação introduzida no regimen cellular melhorou o systema, permittindo manter a separação dos detidos sem os perigos do isolamento rigoroso. »

O illustre De Metz, (*) em documento de grande valor, no fundo como na fórma, já dizia em 1876:

«A prisão solitaria nas cellas, durante a noite, é sem duvida um progresso, um feliz melhoramento ao antigo estado das cousas, pois ella previne a mór parte dos monstruosos abusos aos quaes a noite servia de véo.

«Será, porém, bastante para assegurar o successo da reforma dos condemnados, que é um dos fins principaes do systema? Será bastante, sobretudo, para impedir essas associações que se encontram em todos os grandes crimes e sem as quaes talvez elles não tivessem sido commettidos?»

Dar aos presos a faculdade de se vêrem e deixar-lhes a possibilidade de se fallarem durante o dia não é dar á immoralidade uma grande latitude e tornar illusorio o regimen cellular da noite?

(*) Reports of the prisons and reformatories, etc.

(**) De Metz foi o fundador da colonia penitenciaria para jovens delinquentes na Touraine (França). Era esta, até 1896, a mais importante colonia desse genero, no continente.

« N'este regimen, diz-se, o silencio é a regra, e é mantido pelo temor do castigo, sempre suspenso sobre a cabeça dos detidos. » Porém, esse castigo não é um meio atroz, uma horrivel necessidade?

Será submettendo homens a um tratamento ignominioso, odioso e degradante, ao mesmo tempo para quem o applica e para quem o recebe, que se póde esperar moralisal-os e incutir-lhes a estima de si mesmos e a dos seus semelhantes?

Substituir o azorrague por outra pena seria dar lugar a uma successão perpetua, incessante de infracções e de castigos, que degenerariam immediatamente em abusos e cujo menor inconveniente seria deixar entre as mãos dos agentes subalternos a arma, sempre perigosa, do arbitrio.

Unicamente na prisão de Wethersfield deixou-se, por algum tempo, de applicar o azorrague; mas, forçados a confessar que o systema não podia dispensar esse meio *poderoso*, voltaram os americanos a applical-o de novo. (*)

Na Inglaterra, onde o castigo do azorrague foi substituido pela privação dos alimentos e por outras medidas disciplinares, estas penas tornaram-se, pela sua frequencia e sua complicação, uma fonte de embaraços e difficuldades invenciveis para os directores das prisões.

Citavam-se as prisões de Genebra e de Lousanno (Suissa), nas quaes o silencio era rigorosamente observado; mas, na primeira o numero dos detidos não passava de 60, e na segunda, de 100. Além disso, o numero de guardiães era tão multiplicado quanto possivel.

E, o peior é que esses castigos, por mais crueis que sejam, não servem nem para reprimir, nem para prevenir as infracções.

Ninguem ignora até que ponto é irresistivel a necessidade de communicarmos nossos pensamentos, necessidade que nenhuma repressão poderia vencer e que os obstaculos irritam cada vez mais.

(*) Em inglez cat —; em francez — chat de neuf queues, porque esse azorrague é de nove pernas; estas são de sola, deixando saliente uma lamina fina de aço. Por honra da humanidade e da civilisação, os Estados Unidos e a Inglaterra, unicos paizes que applicavam esse aviltante e barbaro instrumento, vão usando-o cada vez menos.

Não ha ameaças nem medidas de vigilancia capazes de impedir que homens quotidianamente reunidos, trabalhando ao lado uns dos outros na mesma obra, se communiquem, se entendam, troquem uma palavra, em voz baixa, um signal, um gesto, um olhar.

E a experiencia tem provado, com effeito, que uma noticia propaga-se no interior da penitenciaria submetttida ao regimen do silencio absoluto, como entre os habitantes da cidade.

Si a repressão é impossivel e a infracção inevitavel, não será crueldade collocar homens na necessidade de succumbir para ter o direito de punil-os severamente?

Para se vêr que o regimen d'Auburn é impraticavel, por maior que seja a vigilancia sobre a regra do silencio, basta reconhecer a impossibilidade da sua applicabilidade na enfermaria.

Poder-se-hia punir um desgraçado no leito da dôr, aggravando-se-lhe mais o soffrimento?

Sem duvida que não. Será, pois, necessario tolerar conversas, pela impossibilidade absoluta de impedil-as.

Ora, durante o cumprimento das penas de maior ou menor duração, quasi todos os detidos passam successivamente pela enfermaria, e ahi hão de estabelecer-se, necessariamente, essas relações que a regra ou disciplina tem por fim impedir.

Nenhum dos partidarios do systema d'Auburn poude até hoje responder a esta objecção.

* * *

Do que ficou dito vê-se que o regimen d'Auburn não é sinão uma ligeira modificação do regimen *commum*.

O silencio, que constitue a sua essencia, não é realmente observado.

Os detidos não podem entreter conversação ininterrupta, é verdade, porém podem sempre dizer o que mais lhes interessa, isto é, aquillo que mais perigoso se torna á sociedade.

Não ha, pois, sinão pequena differença entre aquelles dous regimens, si regimen tambem se póde chamar

a prisão *em commum*, visto como ella é a negação flagrante e completa dos principios da sciencia penitenciaria.

Toda a vantagem consistiria em diminuir a facilidade da communicação entre os detidos, porque sobre a impossibilidade do silencio absoluto não se discute mais ; é facto reconhecido e confessado pelos partidarios mais decididos do regimen d'Auburn.

Dada a impossibilidade da observancia rigorosa do silencio, de que natureza se pensa que são as conversações, as confidencias, as communicações, emfim? O que póde sahir da bocca de homens viciosos, corrompidos, desmoralisados, em uma palavra — condemnados, sinão obscenidades, torpezas, blasphemias, signaes de revolta, ameaças contra os guardiães e os directores do estabelecimento, ajustes e contrasenhas?

Criticando, como vimos de fazer o systema d'Auburn, illustre e estimadissimo penitenciarista francez observa:

«Si tel est le resultat de l'application de ce regime en Amerique et en Angleterre, que sera ce en France où l'esprit des détenus est plus naturellement disposé à la turbulance, à l'insubordination, à la révolte, à la dérision des choses graves? Où trouver, surtout, des guardiens qui consentiraient à être les instruments aveugles de ce systeme impitoyable, et à se soumettre eux mêmes à cette règle de silence déjà si dure pour des condamnés.

« On ne peut pas songer, sans en etre effrayé, à la multiplicité des contraventions et des châtiments que chaque jour, chaque heure entrainerait, et à l'affreux désordre qui en serait la suite ; et tout celà sans aucune compensation.

« Quel que fût le châtiment d'ailleurs il ne saurait être appliquè avec une saine justice. Si, par habitude, par education, par tempèrement, un condamné est plus disposé à parler et éprouve plus de difficulté á s'en abstenir, il sera donc plus souvent battu, ou plus souvent puni que les autres, quoique au fond il ne soit pas plus méchant, et ainsi disparaitra l'egalité de la peine et ce sentiment d'équité qui doit présider à tout correction, et qui est, surtout, si nécessaire, si l'on veut exercer quelque empire sur l'esprit des prisonniers.»

Outro illustre pensador e mestre na sciencia accrescenta:

« Mas, quando mesmo fosse efficaz o castigo e assim possivel o silencio, sómente a presença dos companheiros constituiria para os detidos um motivo perpetuo de distracções um estimulante á insubordinação, o que impediria a meditação, o arrependimento e o accesso aos bons sentimentos ».

A communicação entre os condemnados, além de quebrantar o effeito repressivo da pena, alimenta-lhes o amor proprio pela idéa de não serem *unicos* a expiar os excessos de uma vida deshonrosa. A solidariedade da vergonha como que apaga o sello da mesma vergonha e os reincidentes que voltam á penitenciaria, depois de uma ausencia mais ou menos longa, produzem, ahi, effeito ainda mais triste, trazendo aos antigos companheiros *a fatal noticia de que a sociedade os repelle* e incutindo-lhes no espirito a convicção de que — *é impossivel voltar ao bom caminho* .

Demais, opina ainda outro não menos estimado publicista, toda a pena cumprida em commum é essencialmente injusta, porque não póde ser igual para todos, nem *affectar* a todos *do mesmo modo*.»

Dois criminosos punidos pelo mesmo delicto podem ser de moralidade bem differente; e aquelle que num momento de desvario teve a infelicidade de tornar-se criminoso, soffre supplicio, que é desconhecido pelo scelerado sem brio ao vêr-se no meio de seus companheiros de infortunio.

Essa promiscuidade produz ainda esta dupla injustiça: o que para um póde ser prazer e até occasião de triumpho, será para outro uma aggravação da pena, avivando-lhe n'alma, cada dia, o sentimento da vergonha ; e, assim, o menos culpado será o mais punido.

Porém, o mais serio e grave inconveniente, o que na *prisão commum* é considerado — a causa mais fecunda de desmoralisação e de reincidencias, causa que não póde ser evitada pelo regimen d'Auburn, é a *faculdade*, que ahi encontram os condemnados, de se reconhecerem depois do cumprimento da sentença; *faculdade* funesta e da qual tantas vezes hão abusado criminosos incorrigiveis para arrastar á cumplicidade de novos delictos os *liberados*, que, sem essa perniciosa influencia, teriam abandonado, para sempre, as más

companhias e tomariam resolutamente pelo caminho do bem.

Em conclusão, a reunião de grande numero de condemnados, em um mesmo logar, é por si mesma perigo imminente para a segurança pessoal daquelles que os vigiam.

Basta que a vigilancia afrouxe um instante para que a revolta possa arrebentar e lançar por terra as barreiras da prisão.

Ha tudo a temer da inevitavel tendencia para a conspiração entre individuos, que são a isso incessantemente impellidos pela necessidade tão natural, tão poderosa e tão irresistivel da liberdade.

III

O SYSTEMA DENOMINADO — SERVIDÃO PENAL INGLEZA

A *servidão penal ingleza*, systema applicado sómente na Inglaterra, é producto de longa experiencia: formou-se lentamente e por meio de addições e correcções successivas. [1]

Sua origem data da revolução dos Estados-Unidos, em 1773, pois um dos pródromos da independencia desse paiz foi a intimação feita pela grande colonia ingleza ao governo da metropole a não continuar a transportar para alli os condemnados (*convicts*). [2]

As bases actuaes acham-se estabelecidas no Act. de 1865, (28 e 29 Vict. c 126) alterado pelo de 1877.

Presentemente o grande meio de reforma e de correcção dos criminosos na Inglaterra consiste no

---

[1] A verdadeira historia deste systema encontra-se no luminoso relatorio de M. Loyson, presidente da grande Commissão Penitenciaria, nomeada pela Assembléa Nacional franceza em 1872, e em diversos documentos e artigos publicados na *Revue Penitentiaire* da Sociedade Geral das Prisões, dos annos de 1882, 1883, 1892, 1895 e 1896, entre os quaes merecem preferencia um estudo de M. Vial, a proposito do relatorio da « Commissão ministerial » a respeito das prisões inglezas, e um artigo de M. Ballière. sob o titulo — Servitude Penale et Hard « Labour ».

[2] Naquella época bem poucas prisões havia no Reino-Unido. Os *convicts* eram transportados para a colonia da America do Norte e, depois da independencia desta, para outras colonias inglezas e, por ultimo, para a Australia, hoje a mais prospera colonia ingleza. Quando ficou suspensa a transportação, os *convicts* que as prisões não podiam mais comportar eram mettidos nos tristemente celebres *pontões*, dos quaes nos occuparemos em outra occasião

hard labour e na *servidão penal*. Esta é applicada aos criminosos condemnados á pena de tres e mais annos de prisão; aquelle é um genero de trabalho imposto ao condemnado em qualquer penitenciaria (prisão local ou prisão de *convicts*), e qualquer que seja a duração da pena.

Cada criminoso condemnado á *servidão penal* tem de passar por quatro estagios, que se denominam: *classe da prova*, *terceira classe*, *segunda classe* e *primeira classe*. Ha, além disto, uma *classe especial* reservada aos condemnados, que se distinguem pela bôa conducta, e que não têm de cumprir ainda mais de um anno de prisão.

A classe da *prova* dura um anno. Os primeiros nove mezes são de prisão cellular absoluta, e devem ser cumpridos nas penitenciarias de Pentonville, de Wormwood-Scrubs, Chelmsford e Dorchester, e tambem nas *locals prisons*. [1] Os outros tres mezes do anno o *convict* passa em trabalhos publicos e, portanto, em commum, porém com isolamento ou separação individual durante a noite.

A 3ª e 2ª classes duram, pelo menos, um anno cada uma; o resto da pena é cumprido na primeira classe ou na classe especial.

O que distingue essas classes são certos privilegios, embora limitados, sufficientes para serem invejados, como sejam: maior liberdade de escrever á familia e de receber a visita desta e dos amigos; maior tempo de recreio nos domingos, e uma recompensa mais avultada, que é reunida ao peculio. [2]

A feição mais original desse systema é a organisação das *marcas*, que são concedidas, todos os dias, ao condemnado. Essas marcas dão direito á passagem de uma para outra classe; mas tambem a sua não obtenção faz descer á immediatamente inferior.

Outra innovação interessante é o *ticket of leave* (bilhete de licença), que dá ao condemnado de boa

---

[1] Quando as penitenciarias supra mencionadas se acham completamente cheias.

[2] Adeante trataremos do peculio.

conducta, que houver obtido certo numero de *marcas*, direito á *liberdade condicional*. [1]

O condemnado deve ganhar, pelo menos, seis *marcas* [2] em cada dia, durante o tempo da pena, exceptuados os nove mezes de prisão cellular, para os quaes não ha reducção.

Si não ganha mais de seis marcas cumpre a pena inteira; si attinge ao maximo, [2] obtem a reducção de um quarto da pena. Para passar de uma á outra classe, porém, basta ter obtido o minimo.

Si passa um anno em qualquer das classes sem ter obtido, pelo menos, 6 marcas por dia, sua promoção á classe immediatamente superior fica adiada, mas esse adiamento não pode passar de seis mezes.

Cada preso recebe uma caderneta, na qual são regularmente lançadas as marcas obtidas em cada dia.

A reclamação sobre qualquer engano nesse lançamento é sempre objecto de um exame attento.

Dessa caderneta o condemnado póde verificar, cada dia, a sua situação exacta, isto é, o que lhe resta fazer para ser promovido á classe superior, quanto tem ganho em dinheiro e qual a reducção de pena já obtida.

A pena é, pois, dividida em tres partes: a 1ª é constituida pela prisão cellular durante nove mezes, e pelo *hard labour* durante tres; a 2ª, pelo tempo passado na 3ª, 2ª e 1ª classes, e na classe especial; a 3ª, pelo *ticket of leave*, ou *liberdade condicional*.

A 2ª parte é assim dividida: dous annos, pelo menos, na 3ª e na 2ª classe; o resto da pena na 1ª classse ou na classe *especial*.

A applicação da servidão penal ingleza ás mulheres é do seguinte modo:

Depois de haverem passado aos trabalhos publicos e antes da liberdade condicional, ha um estagio intermediario de nove mezes nos *Refuges*. Estes são esta-

---

[1] Esta innovação foi idéa do celebre capitão Maconochie, governador da ilha de Norfolk. Sir W. Crofton introduziu-a na Irlanda, onde foi modificada em 1869 e passou a fazer parte do systema denominado irlandez ou de Crofton.

[2] O numero maximo 68.

belecimentos dirigidos por particulares, que se occupam de preparar as mulheres para voltarem á vida commum, e de procurar-lhes emprego.

Ha na Inglaterra 96 *Refuges* para mulheres, 85 instituições de soccorros aos *liberados*, 14 para tratamento dos ebrios e 5 *albergues nocturnos* para a gente sem domicilio.

A creação dessas humanitarias instituições é devida a Elisabeth Fry, esposa de um commerciante rico de Londres.

Foi por ella fundada em Londres uma associação especial para occupar-se do melhoramento das prisões em 1814, e em 1816 uma outra, composta sómente de senhoras, cuja missão consistia em fornecer ás mulheres criminosas roupa, trabalho, instrucção, e em incutir-lhes no espirito as idéas de sobriedade e ordem, afim de que ellas pudessem voltar á sociedade, completamente rehabilitadas.

Durante 30 annos, a humanitaria senhora dedicou-se inteiramente a essa penosa tarefa, com rara coragem e infatigavel perseverança, e não foi só a sua patria que gozou dos grandes resultados de sua experiencia e philantropia; a Noruega, a Allemanha e alguns cantões da Suissa lhe devem a fundação das sociedades de patrocinio aos *liberados*.

A primeira sociedade de patrocinio aos *liberados* foi fundada na Inglaterra em 1857. Durante muitos annos essa instituição esteve exclusivamente a cargo do Governo.

A' sociedade denominada *Reformatory and refuge union*, fundada sob os auspicios do Principe de Galles, em 1856, deve a Inglaterra o grande desenvolvimento que, desde então, teve o *patrocinio* aos presos *liberados* de ambos os sexos e idades.

A seus esforços estabeleceu-se a união de todas as associações existentes e das que vieram a formar-se, e funccionam em Londres com a denominação de «União das casas de reforma e de refugio», sob a protecção do Principe de Galles, e é dirigida por um conselho composto de membros das duas camaras legislativas, de bispos, de magistrados, de jurisconsultos e empregados da alta administração.

Todos os annos, no mez de abril, reune-se em assembléa geral o grande conselho, que é composto dos representantes das principaes associações filiaes,

para proceder á nomeação do *comité executivo* e de sete *comités especiaes*, que são:

1º, *Comité* de assistencia aos menores; 2º, *Comité* das casas de reforma e das escolas industriaes reconhecidas pelo Estado; 3º, *Comité* de emigração, que se occupa da collocação dos menores nas colonias; 4º, *Comité* de assistencia aos *liberados*; 5º, *Comité* de assistencia ás *mulheres perdidas*; 6º, *Comité* das aposentadorias e soccorros aos velhos empregados das casas filiaes e ás suas viuvas; 7º, *Comité* das publicações.

No principio do anno de 1891 existiam já 680 casas filiaes, 91 das quaes são representadas no Conselho.

Essas 680 casas filiaes se decompoem em 480 destinadas á protecção da infancia, 96 *Refuges* para a emenda e rehabilitação das mulheres perdidas e delinquentes, 85 do patrocinio aos *liberados*, 14 para o tratamento dos ebrios e 5 albergues nocturnos para os individuos sem domicilio.

*
* *

Como se viu, a *servidão penal* é uma especie de combinação dos dous systemas precedentes, porém com alguns elementos novos. Ella começa pelo regimen cellular e acaba pelo do trabalho *em commum*, com isolamento cellular, durante a noite, e nas occasiões do almoço e do jantar.

Os elementos novos são: uma repressão mais energica, no inicio do cumprimento da pena, e animação progressiva á bôa conducta do condemnado.

Assim, a *servidão penal* começa pela intimidação, com o fim de descoroçoar futuros criminosos pela severidade da pena infligida aos que já se acham sob a acção da justiça.

As palavras — *servidão penal*, cujo sentido os *pick-pockets* e outros delinquentes de profissão comprehendem perfeitamente, indicam esse principal fim da pena. Mas a idéa do systema não está expressamente contida nesses dous vocabulos, que apenas indicam o lado repressivo, um só elemento do regimen — a severidade.

O elemento mais consideravel e essencial é o estimulo ao condemnado que se conduz bem, a animação

por meio de melhoras successivas de condição, correspondentes á bôa conducta, ao trabalho e aos progressos industriaes do *convict*.

Os traços caracteristicos da *servidão penal ingleza* são, portanto, a *prisão cellular rigorosa* e a acção moralisadora do *systema das marcas*. (*)

Em geral, antes de expôr o seu systema penal, os inglezes estabelecem os principios que dominam a materia, e esclarecem todos os detalhes.

Com a *servidão penal* elles teem dous fins : *intimidar* pelo rigor da primeira phase da pena os delinquentes *primarios* e os que ainda não se decidiram a tomar pelo caminho do crime ; *reformar*, corrigindo e moralisando, os que foram encontrados nesse perigoso caminho e d'ahi vieram trazidos á prisão pelos meios da defesa social, para expiarem a falta commettida contra a segurança e a ordem publica.

Os principios dominantes do systema penal da Inglaterra são os seguintes :

A punição deve destinar-se, principalmente, a previnir o crime pela intimidação, pelo terror que ella inspire aos que, porventura, venham a ser tentados a commettel-o.

Essa punição, porém, não deve ser dispendiosa, porquanto não é justo que custe muito caro á sociedade o castigo dos que offenderam commettendo crimes.

O regimen da *servidão penal* obedece inteiramente a esses principios.

O principio da *intimidação* acha-se traduzido no rigor do primeiro estagio da pena, que, como já ficou dito, compõe-se do isolamento na cella, durante nove mezes, e no *hard labour* (trabalhos publicos) durante o resto do anno.

Esse rigor da pena é ainda aggravado pelo systama alimentar, como adiante se verá.

O outro principio tem sua exacta observancia no regimen da alimentação, vestuario e leito, ao qual chamaremos regimen propriamente domestico.

(*) O systema de *marcas* foi desenvolvido, com todos os detalhes, perante o Congresso Penitenciario Internacional de Londres (1872) pelo capitão du Cane, director geral das prisões inglezas, que o considerou como a parte essencial do regimen penitenciario inglez.

O regimen das prisões inglezas fez objecto de um inquerito bastante serio, confiado em 1879 a medicos distinctos e conhecedores da administração penitenciaria.

Essa commissão foi encarregada de estudar as diversas relações do regimen alimenticio com a saude physica e mental dos detidos, a disciplina, a capacidade para o trabalho e a repressão ; de verificar si era conveniente applicar aos individuos condemnados ás penas de curta duração o mesmo regimen dos condemnados as longas penas, e si, com relação a estes, seria melhor um regimen uniforme, ou fazel-os passar pelos regimens successivos applicados ás penas de curta duração.

O governo recommendava á mesma commissão que evitasse a indulgencia, assim como o excesso de rigor, e que tivesse em vista que a alimentação deve ser « sufficiente, mas simplesmente sufficiente para para manter a saude e as forças », devendo ter tambem em consideração as questões de temperatura, vestuario, duração do trabalho e exercicios.

O regimen actualmente adoptado na Inglaterra e no paiz de Galles acha-se de inteiro accordo com o relatorio da mencionada commissão. [1]

Segundo o respectivo regulamento, o regimen interno deve ser tanto mais severo quanto mais curta for a detenção.

E' a mais sensivel manifestação do elemento penal.

Ao preso que não tem de cumprir pena de grande duração póde-se applicar, sem o menor inconveniente physico ou moral, um regimen de abstinencia.

Dar-lhe o mesmo regimen que se dá aos individuos condemnados ás longas penas, [2] seria encorajar a producção da pequena criminalidade.

A variedade do regimen das prisões inglezas achase absolutamente de harmonia com estes principios, como vai ver o leitor.

---

[1] A' vista desse relatorio, o Governo, por um *Act* do mesmo anno de 1879, mandou pôr em execução e estender a toda a Inglaterra e ao paiz de Galles as regras estabelecidas no regulamento de 15 de abril de 1864.

[2] Na Inglaterra são consideradas *longas* as penas que passam de dois annos.

O regulamento, relativamente ao regimen alimentar, comprehende tres partes distinctas.

Ha um regimen para os *convicts* submettidos ao *hard labour*, outro para os que se empregam em trabalhos industriaes, que são os das officinas da penitenciaria, outro para os preguiçosos ou insubordinados.

O segundo differe pouco do primeiro; é apenas um tanto mais restricto, pois os condemnados ao *hard labour* carecem de alimentação mais substancial do que os que trabalham nas officinas da prisão.

No segundo regimen distribue-se, ao almoço, chocolate em vez de papa de farinha de aveia; nos dias de carne, a ração, ao jantar, é reduzida a 112 grammas; a ração de pão, por semana, é apenas de 4190 grs. em logar de 4755; ao passo que o regimen dos *convicts* submettidos ao *hard labour* é o seguinte:

Ao almoço: 57 centils. de papa de farinha de aveia, contendo 56 grammas de farinha e 14 ditas de melaço, e pão.

Ao jantar: aos domingos, 112 grammas de queijo, e pão; ás segundas-feiras e sabbados, 140 grammas de carne de vacca, cozida, com caldo gordo, 12 grammas de cebola e 4 de farinha, uma libra de batatas, e pão; ás terças e sextas, 57 centils. de sôpa, contendo 224 grammas de jarrete de boi, 28 grammas de cevada com ôlha, 56 ditas de legumes frescos, 28 ditas de cebola, 3 ditas de farinha, e um pouco de mostarda, 453 grammas de batatas, e pão; ás quartas, 140 grammas de carneiro cozido, com caldo, cebola e farinha, 453 grammas de batatas e pão; ás quintas, 453 grammas de *pudding*, contendo 42 grammas de manteiga e 224 ditas de farinha, 180 grammas d'agua, 453 ditas de batatas, e pão.

A' ceia: 14 centils. de chocolate, contendo 14 grammas de cacau, 56 ditas de leite, 14 ditas de melaço, e pão.

Por semana, cada detido recebe, 4754 grammas de pão (650 grammas por dia de trabalho); aos domingos recebe 580 grammas. Recebe tambem 12 grammas de sal por dia.

Os presos que se acham na primeira classe tomam chá com leite (3 grammas de chá, 56 de leite e 21 de assucar) com 56 grammas de pão, em vez

de papa de aveia, e podem pedir carne de forno, em vez de carne cozida.

Os da segunda classe podem pedir chá com leite e pão, em vez de papa de aveia.

As mulheres têm um pouco menos: recebem — 84 grammas de carne de carneiro ou de vacca, 313 grammas de batatas e 3 kilos e 437 grammas de pão, por semana. Esta ração é, porém, augmentada quando são submettidas a trabalhos pesados.

O terceiro regimen, chamado regimen *de punição,* divide-se em tres gráos. O 1º gráo, o mais duro, não póde passar de 18 dias; o 2º póde durar 42 dias, no maximo, e, quando excede de 21, o *convict* recebe a alimentação ordinaria da prisão, depois da quarta semana; o 3º, póde ser infligido até 84 dias; mas, depois de 42, o preso recebe a alimentação commum, na setima e oitava semanas. (*)

Nas prisões inglezas não ha *cantina*, nem é permittido receber alimentação que não seja preparada na penitenciaria.

A dormida é tambem objecto de medidas disciplinares, dignas de menção.

Eis o que encontrámos sobre o regimen das *prisões locaes*:

Nas prisões locaes ha o mesmo rigor do *hard labour,* como nas outras prisões.

Durante o primeiro mez, o condemnado dorme sobre uma taboa, sem colchão; no mez seguinte, dão-lhe colchão, 5 vezes por semana; no terceiro mez, dão-lh'o seis vezes, e, depois desse periodo, dão-lh'o, todos os dias.

Não ha mais distincção, quanto ao primeiro mez, entre o condemnado á *servidão penal* e o condemnado á prisão, si a pena comporta o regimen par-

---

(*) Regimen do 1º gráo: nos primeiros 3 dias, 453 grammas de pão secco e agua; durante outros 3 dias, o mesmo regimen; depois, o regimen commum da prisão, alternadamente, de 3 em 3 dias.

Regimen do 2º gráo: ao *almoço*, 224 grammas de pão; ao *jantar*, 57 centils. de sopa (stirabout), contendo 56 grammas de farinha de aveia, 56 de farinha de milho, 324 de batatas, e sal; á *ceia*, 324 grammas de pão.

Regimen do 3º gráo: ao *almoço*, 224 grammas de pão; ao *jantar*, 86 centils. de sopa, contendo 84 grammas de farinha de aveia e igual quantidade da de milho, 224 grammas de batatas, 224 de pão, e sal; á *ceia*, 224 grammas de pão.

O « stirabout » é tão ruim, que já se trata de substituil-o.

ticularmente rigoroso, denominado —*first classe hard labour*. Mas o trabalho não é o mesmo.

O *convict* e o *local prisoner* desfiam estopa, viram a *crank* e a *tread-mil*, para fazer subir agua aos andares superiores, e são sujeitos a outros trabalhos penosos.

Em algumas prisões marcava-se tarefas de 7.200 e 12.850 pés d'agua por dia; porém, pela alteração feita no regulamento em 1879, ficou estabelecida a média de 8.640, ou 32 pés por minuto, no espaço de 6 horas, divididas em duas partes iguaes.

Em cada uma destas a tarefa é feita com alternativa de um quarto de hora de trabalho e cinco minutos de descanso.

Si o *convict* é recalcitrante, a duração do trabalho é prolongada, até que elle obtenha um numero sufficiente de notas.

Esta severidade, acompanhada do rigor do regimen domestico, tem por fim dobrar ou abrandar o genio do condemnado e imprimir-lhe, com vigor, no espirito e na memoria, a severidade da sentença que lhe foi imposta.

* * *

Dissemos que, na classe *da prova*, o *convict* cumpre nove mezes de prisão cellular e tres de trabalhos publicos (*public works*).

E' destes trabalhos que vamos agora nos occupar.

Em um dos artigos da série que publicámos em abril de 1897, a respeito da nova penitenciaria, tratámos da construcção da prisão Wormwood-Scrubs, para mostrar como eram feitas na Inglaterra as construcções penitenciarias: como uma grande prisão fôra erguida e concluida, unicamente, pela mão — d'obra penal.

Obras mais consideraveis, e que dão testemunho de esforço ingente e de maravilhosa variedade de meios, são, porém, as de Chatham e de Portsmouth. Todo o trabalho mechanico da collocação dos apparelhos foi feito pelos *convicts*.

Foram elles que talharam e conduziram as pedras, que assentaram o vigamento e prepararam a armação do edificio, fundiram e forjaram as peças de ferro; elles

prepararam a estrada, armaram os guindastes e assentaram os trilhos para os *wagons*, nos quaes era feito o transporte do material.

Foram elles tambem que construiram o dique de Portland, hoje um dos ancoradouros mais importantes. O enorme quebra-mar é de cerca de seis milhões de metros cubicos, e protege dos ventos um golpho de 2690 hectares, 520 dos quaes teem a profundidade média de nove metros.

Outro meio de utilisar o trabalho penitenciario tem sido a construcção das prisões, que se tornaram necessarias, desde que cessou a transportação.

De 1863 a 1885 foram construidas 4.771 cellas, unicamente por meio do trabalho penal. Essas obras, que teriam custado seis milhões, trezentas e sessenta e quatro mil libras, si fossem feitas por empreitada, custaram apenas 2.773.000.

D'ellas as mais importantes são: a prisão de Woking, para 700 mulheres, a de Borstal, para 500 homens e a de Wormwood-Scrubs, para 1.052 homens.

Foram, além disso, construidas mais 580 cellas, na prisão de Chatham, 200 na de Portsmouth, 272 na de Dartmoor, e 318 nas galerias já existentes, 635 em Parkhurst, 306 em Brixton.

Na Penitenciaria de Pentonville foram construidas mais 327, em condições bem extraordinarias. Tão escasso era o terreno, que, para se poder augmentar a capacidade do estabelecimento, foi necessario desmanchar a cobertura e accrescentar-lhe um andar; e essa operação foi levada a effeito sem que os condemnados tivessem sido transferidos para outra prisão.

Convém dizer que não se deve suppôr que todos os presos empregados n'essas obras já eram operarios habituados ás artes mecanicas.

De 9.107 condemnados que existiam nas mencionadas prisões em janeiro de 1882, 3.914 se haviam empregado em differentes officios na prisão.

Relativamente ao valor da mão-d'obra penal na Inglaterra encontra-se, em um dos artigos a que nos referimos no principio deste capitulo, a seguinte interessantissima noticia:

«A phrase que sahe dos labios de um inglez, sempre que elle tem de arriscar-se n'alguma empreza é esta — *Will it pay?*»

O trabalho valerá a pena?

Sir John Coode, em uma reunião da commissão encarregada da direcção da *mão-d'obra* penal, deu a seguinte informação: «Eu posso dizer que em Portland os detidos produziram cerca de 40 % de trabalho de um trabalhador livre; e dentro em pouco chegou-se mesmo a obter 50 %, cifra que sempre se poderá obter, havendo boa administração. Não se póde contar com a economia de 1/4 da despeza, mas não é exaggerado o calculo de 1/6.

Demais, isso depende do preço do jornal no departamento onde se achar a penitenciaria, e da importancia e natureza do trabalho a executar.»

A *commissão*, que em 1879 foi encarregada de apresentar um projecto de lei sobre a *servidão penal*, fez as ponderações que se seguem :

« Mr. J. M. Donnel declara que nove *convicts* empregados na conducção de pedras fazem trabalho igual ao de 7 trabalhadores livres, e que no trabalho de cavar e transportar a terra — 3 *convicts* valem por 2 trabalhadores livres.

« O trabalho de 3 *convicts* póde ser estimado em 5 schillings.

« O trabalho de cada operario livre é estimado em 2 schillings e 6 ps.; póde-se, pois, estimar em 2 schillings o de cada *convicts*.

« Estas observações foram o resultado da experiencia feita com uma turma de 4 *convicts*, á qual foi marcada tarefa igual á de uma turma do mesmo numero de operario livres (eram pedreiros).

«Os resultados, por comparação, deram o espaço de tempo e o producto do trabalho.»

Mr. J. Rose dizia em 1878:

« Até os ultimos quatro annos, todas as obras em Pentoville eram executadas por mercenarios: mudouse de systema, e hoje empregam-se os *convcits*, que fazem o mesmo trabalho, no mesmo espaço de tempo.»

Mr. Bernays declarava :

« E não hesito em dizer que os *convicts* podem ser empregados em toda a sorte de trabalhos, em muito pouco tempo. Eu tenho feito delles, no espaço de tres ou quatro mezes, carpinas, pedreiros e fabricantes de tijolos, bem sufficientes para as necessidades da occasião. Penso que se póde contar com o resultado

de um *schilling* e dous *pences* por *convict* e por dia, segundo calculos cuidadosamentes feitos.

«Dois *convicts* produzem o trabalho de um jornaleiro, e tres o de um operario a quem se paga por peça.

«A razão dessa differença não é que cada *convict*, tomado individualmente não possa, em muitos casos, valer tanto quanto o operario livre; mas as circumstancias em que se acham fazem com que, tomados em massa, não possam dar melhor resultado.»

Um estudo do capitão Smith, publicado no *Professional papers of the royal engineers*, chega ás seguintes conclusões:

«Um *convict* custa 1 sch. 8 *pences*, por dia, e produz 1 sch. 5 p. 1/2. Gasta, para fazer a obra, tres vezes o mesmo tempo que o operario livre gasta.

«Isto, em parte, é devido aos dias de neblina, nos quaes, pelo receio de evasões, não se póde fazel-os trabalhar.

«Comparando-se o trabalho do soldado, do *convict* e do operario livre, se obtem o seguinte resultado:

«Um soldado trabalha 9 horas e produz o valor de 3 sch. 2 p.

«Um *convict* trabalha 7 horas e produz o valor de 1 sch. 7 p.

«Um operario livre trabalha 9 horas e 1/2 e produz o valor de 4 schs. 8 p.

«Por conseguinte, o valor do trabalho do soldado, comparado com o do operario livre, está na proporção de 3 schs. 2 p. para 4 schs. 8 p. ou 38/56 = 2/3.

«O valor do trabalho do *convict* está na proporção de 1 sch. 7 p. para 4 schs. 8 p. ou 19/56 = 1/3.»

O relatorio dos commissarios das prisões de 1895 diz:

«E' verdade que os detidos *liberados* não seguem em geral o officio que começaram a aprender nas prisões, mas isso é devido em parte á reincidencia, e sobretudo a ser o trabalho em que se exercitaram inferior ao que elles podem fazer depois do cumprimento da pena, e tambem a ser o trabalho da prisão associado á idéas de correcção penal e, si elles o continuam na vida livre, podem ser facilmente reconhecidos pelos antigos companheiros.

IV

O SYSTEMA DE CROFTON OU IRLANDEZ

Este systema, segundo a exposição feita pelo seu proprio autor, sir Walter Crofton, (*) perante o Congresso penitenciario internacional de Londres, 1872, é constituido do modo seguinte:

Tem tres estagios. O primeiro consiste na prisão cellular por oito ou nove mezes, conforme a conducta do preso, prisão de caracter rigoroso e inteiramente penal. O trabalho é rude e o regimen alimentar pouco substancial.

Este rigor tem por fim obrigar o condemnado a recolher-se em si mesmo, e produzir-lhe no espirito impressão duradoura.

O segundo passa-se em outro estabelecimento, onde o condemnado é submettido a regimen mais brando, ficando dependente de sua conducta o melhoramento progressivo d'esse mesmo regimen.

Neste estagio ha quatro classes. Em cada uma a situação do preso é differente, porque o regimen vai sendo cada vez mais moderado.

A passagem de uma para outra classe dá-se mediante um certo numero de marcas, ou *bons pontos*, que o condemnado recebe todos os dias. (*)

Logo que chega á 4ª classe, o condemnado despe o costume penal e póde exercer qualquer emprego de confiança no proprio estabelecimento.

O traço caracteristico do systema é justamente a organisação do 2º estagio, a qual permitte observar, de modo efficaz, o condemnado.

Si este persevera na boa conducta, é *promovido* de uma a outra classe; si se *conduz mal*, volta á classe inferior.

Depois de atravessar esta serie de provas, o condemnado é julgado no caso de gozar de meia liberdade, e passa á *prisão intermediaria*.

(*) Sir Walter Crofton foi, por largo tempo, inspector das prisões da Irlanda,

(*) Essas marcas são as mesmas inventadas por Maconochie e introduzidas na servidão penal ingleza.

E' o terceiro estagio.

A prisão intermediaria não é prisão propriamente dita: é um estabelecimento, onde se alojam os condemnados e muito semelhante a um quartel.

O condemnado veste como os operarios, e como estes trabalha nas usinas ou no campo. Póde andar livremente na cidade, mas é obrigado a voltar á cella todos os dias, ás mesmas horas.

Este regimen, como se vê, é o preludio da liberdade. Si o condemnado persevera no bom comportamento, até haver completado tres quartas partes da pena, recebe o *ticket of leave*, que equivale á concessão da liberdade condicional.

Si, ao contrario, elle se conduz mal, volta á prisão commum ou cellular, onde é conservado mesmo por espaço de seis mezes, depois de findo o tempo da condemnação.

O systema de Crofton ou irdandez é, pois, um aperfeiçoamento da *servidão penal ingleza*. Do mesmo modo que esta, elle tem por ponto de partida a prisão cellular — como meio de intimidação. No 2º estagio ha o systema de *marcas ou bons pontos*, pelo qual se póde estabelecer exactamente a situação do condemnado e determinar os diversos gráos a percorrer.

Ha, porém, um terceiro elemento que não existe na *servidão penal*: *é a aprendizagem da liberdade pela prisão intermediaria*, que prepara o preso para o *regresso* á sociedade.

* * *

Eis ahi em que consiste o systema que na Irlanda, na Allemanha, na Austria-Hungria e na Italia foi preferido ao systema pensylvaniano ou de Philadelphia.

E' o mesmo systema que o nosso codigo penal vigente e o projecto de reforma, já approvado na Camara dos Deputados, preferio, a despeito do descredito em que tem elle cahido na propria Irlanda, onde ensaia-se, ha tres annos, uma nova classe intermediaria, em substituição a *classe da meia liberdade*, que era exactamente o lado attrahente do systema.

Relativamente ao descredito em que cahiu elle, mesmo na Irlanda, onde foi applicado pelo seu proprio autor, encontra-se, em uma interessante noticia publicada na *Revue Penitentiaire* de maio de 1892, pelo douto penitenciarista I. Stevens, sobre o opusculo em que o illustre sir Cassidy, director da « Eastern state penitentiary Pensylvania », narra suas impressões da visita ás prisões de diversos paizes, as judiciosas observações que vamos pôr sob as vistas do leitor.

Depois de haver fallado do tempo exacto da travessia feita pelo illustre autor do opusculo, entre New-York e Londonderry, diz o emerito penitenciarista :

« Le voilà donc foulant, non sans emotion, le sol de l'Irlande, terre classique du régime progressif, ou plutôt, comme il l'appelle — *du système de la parole de sir Walter Crofton.*

« La pensée de voir de près ces institutions qu'on proclame si parfaites, et d'admirer le fonctionnement du système *aux resultats merveilleux,* empèche M. Cassidy de se reposer des fatigues et des ennuis de la traversée.

« Le lendemain, il visite la prison de Londonderry, où le systéme de l'emprisonnement séparé est regardé comme la discipline principale de l'administration.

« Entre autres details materiels il y remarque que les prisonniers n'ont pas de lit et qu'ils couchent sans fournitures d'aucune sorte, si ce n'est deux couvertures et deux draps, dans une boite qu'il dépeint comme une espéce de cercueil ouvert

« La prison du comté d'Autrim est qualifièe par M. Cassidy la plus complète qu'il ait jamais vue.

« La disposition des batiments, cours, préaux, etc, est en tous points conforme aux exigences du systéme cellulaire.

« La prison, dit-il, sert depuis trente ans.

« La méthode du traitement séparé, ou cellulaire a été strictement observée depuis le commencement.

« Sans rien lui apprendre de bien nouveau, ces deux visites ont vivement interessé M Cassidy.

« Il part pour Dublin et obtient l'autorisation de visiter la prison de Montjoie qui est considerée comme l'institution modéle du systéme irlandais.

« Cette prison de 600 cellules est batie d'aprés le systéme rayonnant.

« Le récit de cette visite amène M Cassidy à une révélation vraiment innantendue, et qui ne peut manquer de causer une profonde sensation chez les partisans comme chez les adversaires du régime irlandais.

« Lessons parler notre voyageur :

« *La prison de Montjoie est administrée d'après le système pensylvanien de la non association des prisonniers. Le billet du systéme de la liberté en Irlande (le système de la parole est ainsi appellé aux E'tats-Unis) n'a pas produit les resultats que le capitaine Maconochie et sir Walter Crofton, ses auteurs, ainsi que les autres promoteurs du système en attendaient...La prison de Spicke-Island fut abandonnée avec le système. Le temps qu'on y accomplissait était consideré comme la chose la plus importante du système irlandais. — La sur veillance de la police est encore maintenue pour les prisonniers relachés ; il en résulte dans un pays gouverné comme l'Irlande, que le prisonnier n'a d'autre alternative pour se libérer que l'émigration. Par cette méthode, on a réduit la population des prisons irlandaises et on en a fréquemment conclu que cela provenait des résultats obtenus par l'influence reformatrice du système irlandais de la parole et de deportation volontaire.* »

« Vraiment on ne pouvait s'attendre à devoir constater déjà une fin aussi miserable !

« Ainsi donc, à la grande mortification de ses détracteurs et sous leurs yeux, en Irlande même le régime cellulaire s'est victorieusement implanté et soutenu !

« Du système empirique, qualifié de progressif, qui devait écraser, annihiler, remplacer tous les autres, il ne reste rien ! rien que des ruines sinistres !

« Du haut des collines en arrière de Queenstown, on peut, avec M. Cassidy, contempler les ruines de Spicke-Island, cette fameuse prison qui autrefois constituait les deux tiers du systéme de la parole de sir Walter Crofton.

« M. Cassidy, juge inutiles les émotions que lui eût sans doute procurées une visite de ces ruines à jamais célèbres, et il part pour l'Angleterre. — « Arrivé a Londres, et aprés quelques jours employés à des demarches pour obtenir les autorisations nécessaires, il se rend à la prison de Milbank, d'où il emporte une très mauvaise impression.

« A Pentonville, où se subissent les peines de cinq ans et plus, il est donné aux narrateur d'admirer le fonctionnement du *trade—mill* ainsi que l'usage des cellules obscures, pour les refractairs des fers et d'autres moyens mécaniques de répression. Il y constate l'existence d'un marché d'une extrême singularité. —« Chaque prisonnier, dit-il, a la permission de choisir, jusqu'à ce qu'il trouve, l'aumônier qui lui convient le mieux, ou celui qu'il croit devoir lui en imposer le plus aisément. »

« Depuis son arrivée dans le Royaume-Uni, M. Cassidy n'a été en rapport avec aucun des chefs des établissements qu'il a visités.

« A Londonderry, le Gouverneur (*) était absent ainsi qu'á Montjoie.

« A' Autrim et à Pentonville, le même fonctionnaire n'est pas visible.

« La prison locale de Holloway est construite d'aprés le programme des prisons cellulaires et elle est affectée aux condamnés á des peines de courte durée.

. . . .

« Avant de quitter l'Angleterre, le directeur américain a rendu visite au secrétaire de l'asssociation Howard, M. William Tallack, qui « est pleinement convaiucu que la méthode individuelle, pour le traitement des personnes condamnées pour crime, produit les meilleurs résultats, et pour l'individu condamné, et pour la société, plutôt qu'aucune autre méthode connue ».

. . . .
. . . .
. . . .

« Nous terminons ce résumé, dont la partie la plus intéressant est celle qui nous aprend la navrante déconfiture du systéme Crofton.

« Il faut reconnaître que si les idées saines et justes sont, dès le debut de leur application, comme tout ce qui est vraiment bien, d'ailleurs, l'objet des plus violentes critiques, elles finissent toujours par l'emporter.

« On ne pouvait reprocher au systéme cellulaire, après son évolution dans les sens des larges idées hu-

---

(*) Governador é a denominaço dos directores das penitenciarias inglezas.

mainitaires, rien qui fut contraire à la raison, au progrès, à une saine philosophie et à toutes les exigences de l'ordre physique et moral.

« Il s'est cependant élevé contre lui une école qui, voulant faire mieux, devait, par là-même, trouver que tout était mauvais.

« Elle a fait d'une guerre acharnée au regime cellulaire la plateforme de son organisation, car si elle semblait conserver un lambeau de ce régime c'était encore pour le dénaturer et le flétrir.

« Elle a cru que, à l'aide de combinaisons, qui seraient risibles, si les motifs n'en avaient été respectables, elle allait s'attribuer la gloire d'avoir enrayé la marche ascendant de la criminalité.

« Que restet-il de tout cela ? Un témoin digne de foi nous le dit : *partout le système cellulaire s'affirme et triomphe ; l'autre a disparu, si l'on en excepte quelques pénitenciers minuscules où son application prête plutôt au ridicule.* »

O importante testemuuho do provecto director da "*Easteron state penitentiary*" foi mais tarde corroborado pelo illustre Paul Baillière no artigo, a que já nos referimos, sobre a servidão penal e o *hard labour*, e no qual se lê :

« *Ajoutons un dernier renseignement que nous n'avons pas le temps de fondre avec le reste.— Le système de demi-liberté, imaginé à Lusk par Sir W. Crofton n'est plus en usage. Toutefois, on fait des essais d'une « classe intermédiaire de convicts à la prison de Maryborough.* » (Revue Pénitentiaire — fevereiro de 1896).

***

Como acabamos de vêr, são quatro os systemas mais usados nos paizes que se occupam seriamente da reforma das prisões.

Comparados entre si, podem ser reduzidos a dous typos essenciaes, que são : o systema da separação completa — *systema cellular*, e o systema do trabalho em commum — *systema d'Auburn, servidão penal ingleza,* systema de *Crofton* ou irlandez.

Era sobre esses dous modos de prisão que se dividiam as opiniões ; era entre esses dous typos de syste-

mas para a execução da pena que hesitavam os melhores espiritos.

Uns reconheciam a superioridade do systema da separação individual completa, porque :

1.º Elle evita o perigo do contacto dos malfeitores, o horrivel contagio do crime, que faz das prisões fócos pestilenciaes, e, além de tornar impossivel a repressão, a converte em meio de activa propaganda do mal que ella deveria reprimir.

2.º Nem os mais brandos ou mais severos regulamentos, nem os mais completos systemas de encorajamento poderão impedir o funesto contagio do crime no ambiente viciado de uma prisão.

3.º A separação dos detidos durante a noite, o silencio obrigatorio durante o trabalho, as recompensas concedidas á boa conducta, a esperança da liberdade antecipada, são excellentes medidas e uns tantos progressos realizados no triste dominio da repressão; mas tudo isso não poderá evitar os perigos resultantes de uma grande agglomeração de homens feridos pela lei penal. Si os condemnados não se veem, si reconhecem e soffrem a influencia da repressão commum, um terrivel laço de solidariedade os liga a todos, e todos se acham como que fatalmente alistados no exercito do crime.

4.º O isolamento na cella permitte a moralisção do condemnado e a sua consequente rehabilitação por meio das visitas dos empregados da penitenciaria e dos membros das sociedades de patrocinio, o que não é possivel obter-se nas prisões dos systemas progressivos.

Outros preferem o systema irlandez, e mesmo o d'Auburn, pelos seguintes motivos:

a) por não produzirem a anemia physica intellectual e moral;

b) por serem mais economicos, pois a transformação das antigas prisões em penitenciarias não se faz com pequeno dispendio.

Os importantissimos documentos, já transcriptos, confutam completamente essas allegações dos adversarios do systema cellular.

Com elles deixamos bem evidenciado que a *anemia* não é mal proprio da cella, mas a consequencia fatal de toda sequestração; é doença geral de todas as prisões.

Relativamente ao enfraquecimento mental, a experiencia, fundada em 64 annos de cuidadosa observação na prisão *Mazas*, autorisou ao Dr. Beauvais a affirmar que a loucura devida exclusivamente ao regimen cellular constitue excepção rara, e que innumeras circumstancias inherentes ao proprio condemnado e completamente estranhas á cella, a determinam de preferencia.

O illustre Dr. Motet, celebre alienista, baseado na longa experiencia adquirida na casa de educação correccional, da qual era medico, declarou poder affirmar com a mais absoluta certeza que — *todos os desvios, perversões e desordens intellectuaes* por elle observados eram anteriores á prisão e não foram por esta augmentados.

A 3ª accusação feita ao regimen cellular póde ser formulada do modo seguinte:

« *O homem foi feito para viver em sociedade. O proprio condemnado é destinado a voltar a ella e achar ahi os vicios e as tentações aos quaes succumbiu. A vida artificial da cella é máo preparativo para essa lucta de todo o instante, que elle vai travar na vida real.*

A segregação o deshabitua dessa lucta e tira-lhe toda energia moral necessaria para sustental-a. »

A esta allegação respondem os partidarios do systema cellular:

« Si este raciocinio fosse applicado a um homem tomado ao acaso na sociedade e cuja situação moral fosse normal, podia-se consideral-o topico; mas applicado a um individuo, cujas faculdades mentaes achamse atrophiadas e já perderam a energia necessaria para resistir ás tentações, aos máos conselhos, *é especioso.*

« A tal homem será necessario o mesmo regimen que deve ser applicado áquelle cuja consciencia e moral conservam toda sua energia ?

« *Doente*, não deve ser tratado como tal ? *Enfraquecido, debilitado*, não deve, antes de tudo, ser subtrahido ou afastado do contagio? Ora, o que haverá de mais contagioso do que os exemplos que elle encontrou nas prisões communs ?

« O desgraçado, que ahi entra pela primeira vez, sahe perdido para sempre. O que a fraqueza de sua natureza começou, a sociedade dos seus companheiros

de prisão acaba. As conversas, o incitamento, o sarcasmo convertem-n'o em malfeitor de profissão.

« Na prisão em commum, a preservação e a cura são impossiveis, porque a fonte do mal, sempre viva, inesgotavel, corre junto a ella. Como censurar um tisico, que deixamos expôr-se a uma corrente d'ar, por não se curar, não obstante as poções que se lhe dá?

« E, sob pretexto de que mais tarde elle se exporá igualmente ás correntes d'ar, será prudente expol-o a esse perigo durante o curso do tratamento, e muito tempo antes da cura?

« Na cella, ao contrario, ha o caminho aberto á reflexão, ás meditações reconfortantes, ao arrependimento, em summa.

« A cura póde ter logar; e si não fôr conseguida, o doente é o unico responsavel pela *chronicidade* da sua doença, pois teve á sua disposição o remedio. »

V

O SYSTEMA D'ELMIRA

Além dos quatro systemas penitenciarios que foram objecto do inquerito aberto por deliberação do primeiro Congresso penitenciario internacional, ha o denominado — Systema d'Elmira, tambem conhecido pelos nomes de *Indeterminate system — Prisão variavel e Sentenças Indeterminadas.* [1]

Este systema, creado nos Estados Unidos da America do Norte, posto em pratica, desde 1877, no *Reformatory* d'Elmira, e até hoje usado somente no paiz de sua origem, acha-se inteiro na Lei de 24 de abril de 1877, do Estado de New-York, que declarou o fim para o qual foi construido o *Reformatory* d'Elmira. [2]

---

[1] E' mais conhecido pela denominação de systema d'Elmira.

[2] Este *Reformatory* foi começado em 1869 e concluido em 1876.

Labora em equivoco E. Ferri, douto professor na Universidade do Roma e na Universidade Nova de Bruxellas, quando no seu — Resumo do curso de sociologia criminal, affirma que — *la ségrégation indeterminée a commencé à prévaloir dès le prémier congrès d'anthropologie criminelle* (Rome, 1885) *dans le rapport de M. Van Hömel*, pois já em 1877 era ellas applicad no Reformatory d'Elmir.

Essa lei estabelece que todo individuo de 16 a 30 annos condemnado pela primeira vez por delicto punido com pena de prisão nas *States prisons* pode *ad libitum* dos juizes, ser remettido ao *Reformatory* d'Elmira, onde permanecerá por tempo não excedente ao maximo da pena editada para o delicto commettido; maximo que varia de dous annos e meio até a perpetuidade. [1]

Os juizes, porém, não devem usar dessa attribuição senão quando entenderem que o condemnado é susceptivel de emenda e que só póde emendar-se sendo submettido a um regimen moralisador, systematicamente organizado.

O Conselho de Administração (*Boardof managers*) que é composto do Director e de quatro membros nomeados pelo Governador do Estado de New-York, póde deter o condemnado até o limite extremo da pena, ou conceder-lhe a liberdade condicional, em qualquer tempo, e a definitiva, si não tiver duvida de que o liberado não fará della uso contrario ao interesse social, por consideral-o emendado.

O condemnado é considerado emendado, e póde ser posto em liberdade, quando:

1º, obteve, durante algum tempo, a nota —*perfect*;

2º, tiver merecido a confiança de seu chefe e do director;

3º, já souber um officio pelo qual possa ganhar honesta e regularmente a vida;

4º, se lhe poder garantir collocação que o ponha ao abrigo da necessidade.

O condemnado obtem notas de instrucção, de industria e de conducta.

O maximo dessas notas é 3; de sorte que em cada mez o preso póde obter 9.

Aquelle que obtem 9 notas, durante 7 mezes, passa para a classe immediatamente superior.

Os detidos são divididos em tres classes. Ao chegar o condemnado, é interrogado pelo director ácerca de seus paes, seus antecedentes e sobre todas as informações necessarias para estabelecer-se a sua historia.

---

1 Em virtude de outra lei, esse maximo não póde hoje exceder de cinco annos é o minimo è de um anno.

E' collocado na segunda classe tambem denominada classe neutra.

Nesta classe o costume penal é preto; o detido gosa de certas vantagens, por exemplo: o direito de pedir livros, um uniforme para os domingos, lençóes para colchão, chinella, cadeira e gaz na cella.

Si sua conducta é bôa e elle tiver obtido a nota — *perfect*, durante seis mezes, passa á primeira classe.

Ahi o costume penal é azul; o detido come na sala de jantar e pode conversar com os outros, toma chá ou café, pode escrever aos parentes e amigos, uma vez por semana, comtanto que faça visar a carta pelo director, e pode ser nomeado para logares de confiança, como os de guardião ou *monitor*.

Si se conduz bem, ainda durante seis mezes, póde ser posto em liberdade — *sob palavra*.

Este systema de liberdade condicional constitue um prolongamento da sentença indeterminada, e não serve senão de prova supplementar do melhoramento moral e da boa fé do condemnado.

No primeiro dia de cada mez, elle deve remetter ao *Reformatory*, ou ao representante official deste, na cidade que habita, um relatorio acompanhado de certificados, sobre seus recursos, conducta, occupação, salario e despezas.

Si esses relatorios forem satisfactorios o condemnado póde obter, no fim de seis mezes, liberdade definitiva.

Emquanto se achar em liberdade, *sob palavra*, póde ser, de novo, recolhido ao *Reformatory*, para cumprir o maximo da pena, si tiver commettido qualquer crime.

Si durante os mesmos seis mezes, não achar trabalho ou cahir doente, póde voltar voluntariamente ao *Reformatory*, até conseguir um logar que lhe assegure os meios de vida.

Da 2ª classe o condemnado póde descer á terceira em vez de passar á primeira.

Na 3ª classe o costume penal é vermelho; o detido traz os cabellos cortados á escovinha, não toma café, e não recebe lençóes para a cama; a cella não contém moveis, nem gaz; emfim, é fechado á chave, logo que acaba o trabalho.

Por motivos especiaes, o condemnado póde mesmo descer da 1ª classe.

Aos progressos por elle feitos e á promoção de classe corresponde um systema de salarios graduados.

Cada detido tem sua conta particular, na qual são lançadas as quantias percebidas como salario, e as despezas do alojamento, alimentação, vestuario, assim como as multas em que houver incorrido.

O caderno dessas contas é examinado, uma vez por mez, pelo menos.

As cellas da 1ª e da 2ª classe são maiores e guarnecidas de uma mesa, um espelho e um tapete

Em regra, cada detido deve ter uma cella para dormir; mas, quando o estabelecimento fica muito cheio, reunem-se frequentemente dous em uma cella.

Todavia, isto só é permittido na 1ª classe.

* * *

Sobre a origem do Instituto d'Elmira e seu regimen encontram-se ainda, na *Revue Penitentiaire* de janeiro de 1894, dous artigos do illustre Sr. Paul Baillière, dos quaes transplantamos para aqui os seguintes periodos:

« L'institution d'Elmira a été créée par une société privée à la suite d'une idée philosophique. On était effrayé de voir que New-York, come toutes grandes villes, possedait une armée du crime des plus considerables.

« L'auteur d'un article remarquable du *Forum*, notre honorable collègue, M. Round, ne l'estimait pas à moins de 300,000 individus. Ces gens sont des parasites de la société, qui ont pesé les chances de gain ou de perte, et qui se sont decidés contre l'ordre regulier. Qu'y-a-t-il donc à faire contre eux? C'est de leur rendre la balance tellement difficile et dangereuse qu'ils trouveront plus d'interêt à mener une vie honnête qu'une vie de désordres. Si vous joignez à cela l'idée d'imposer une education graduelle au déliquant, et de provoquer sa correction morale, vous avez les principes qui ont guidé les fondateurs d'Elmira.»

« Le système d'Elmira repose tout entier sur le système des salaires et des points évalués en argent.

« Le détenu entrant à Elmira dans la *classe neutre,* ou première inferieure, voit porter à son

crédit un salaire de 0 dollar 45, soit 2 fr. 25 par jour.

« En revanche, ses dépenses sont évaluées à 0 dollar, 32 soit 1 fr. 60.

« S'il mérite, au bout de six mois, de monter en grade et passer dans la classe première supérieure (qui est l'antichambre de la liberation conditionelle), il juit de plus de bien-être, gagne 0 dollar 55, soit 2 fr. 75 par jour, et peut même se faire des heures supplémentaires; ses depenses sont estimées à 0 dollar 40, soit 2 fr. par jour.

« S'il mérite, au contraire, de redescendre dans une cathegorie inférieure, il est classé dans le *second degré* des convicts. Les dépenses ne sont alors évaluées qu'à 0 dollar 25, soit 1 fr. 25 par jour, et son salaire et de 0 dollar 35 par jour. Mais cette évaluation est purement nominale, et l'argent qui'il gagne n'est pas porté à son actif.

« La conduite morale des détenus est ainsi notée par un système qui rapelle la comptabilité — matières de certaines administrations et un coup d'œil sur la balance au debit et de l'avoir montre à quel dégré ils sont parvenus.

« Tous les mois on fait cette balance: au débit sont portées les amendes encourues pour infractions, insuffisance dans les examens scolaires, fautes relevées dans le travail. Un mois parfait est celui où il le débit n'atteint pas un dollar; un mois imparfait est celui où il le depasse; trois mois imparfaits ou un seul mois dans le quel le débit serait évalué à 3 dollars, entraînent la perte d'un degré.

« En revanche, six mois parfaits sucessifs amènent le passage de la classe neutre à la classe première supérieure. Le détenu a droit à la libération conditionelle après six mois de séjour dans cette classe sans avoir incouru de reproche, et lorsqu'il a gagné de quoi subvenir à ses débours de voyage et à ses premiers frais d'entretien.

« Le but du *Reformatory* est triple: donner l'instruction necessaire, enseigner un art manuel ou mécanique, qui pourra servir de gagne-pain, développer l'homme physique, le soigner et le redresser au besoin.

....

« En 1893, il y eut 452 libérés—*en parole*. La direction du *Reformatory* estime que 384, soit 84

p. 100, sont rentrés, dans la voie du bien, 50 ont été condamnés de nouveau ou ont mal tourné, et 4 sont rentrés au *Reformatory*. Quelques critiques ont déjà été formulées sur ces appreciations par M. C. Dubois, en février 1890. Il est certain, toutefois, que de nombreux et précieux témoignages attestent le bien qui a été fait par le *Reformatory*.»

A média da permanencia no *Reformatory* d'Elmira tem sido de 20 mezes, mas ella tende antes a elevar-se do que a baixar.

*
* *

Depois desse *Reformatory* foram construidos o de Concord, no Massachussets, o de Mansfield, no Ohio, o da Pensilvania, do Illinois, do Minnesota e o de Dakota do sul.

O systema de classificação e o da liberdade condicional é hoje adoptado na maior parte das prisões americanas.

O general Brinkerhoff apresenta o systema de liberdade com promessa verbal (parole system) independente da applicação do principio das sentenças indeterminadas, como desenvolvimento dado por muitos Estados á experiencia feita em Elmira.

Esse novo systema foi inaugurado em 1885 nas prisões de *Colombus* (no Ohio) e em seguida introduzido no Minnesota, na California, e em New-Jersey.

O Governo de Minnesota estabeleceu, em 1892, um systema de graças condicionaes (*conditional pardon system*) por indicação da direcção da *Correction and Charities*—do Estado.

O mesmo Governo affirmou em relatorio sobre a nova instituição, que ella se assemelha muito ao systema de liberdade sob promessa verbal, e que funcciona muito bem.

Essa instituição não é creação legislativa, mas do governador do Estado, em virtude do poder, que elle tem, de conceder graças e commutar penas.

Os directores das prisões onde esse systema está em vigor organisaram uma classificação dos detidos segundo o gráo de aptidão que elles apresentam, para obter a graça condicional, que é subordinada á segurança dada pelo director e pelo conselho da admi-

nistração da prisão, de que o detido proposto para obter a graça ganhará honestamente a vida como empregado de um cidadão que se compromette a fazel-o trabalhar.

Ambos esses systemas têm por base as categorias progressivas e as notas conferidas aos detidos, como acontece no *Reformatory* d'Elmira e em outros do mesmo genero.

*
* *

Do que deixamos dito se conclue que o systema das sentenças indeterminadas constitue o mais importante e caracteristico principio dominante na *prisão de reforma* do Estado de New-York.

Em virtude de sua applicação os condemnados são obrigados a permanecer no *Reformatory* por um periodo de tempo indeterminado, podendo, todavia, ser postos em liberdade, logo que o Conselho de administração os repute capazes de voltar á sociedade regular.

O termo da privação da liberdade não póde ultrapassar o *maximo* estabelecido no codigo penal para o delicto commettido. Esse maximo, porém, não será nunca excedente de cinco annos, e o minimo não será inferior a um anno.

Entre esses dous termos, a duração do cumprimento da sentença é determinada pelo procedimento do condemnado, sua applicação na escola, aptidão para o trabalho e sua economia.

A liberdade condicional é concedida mediante compromisso, tomado pelo condemnado, de observar certas regras e de cumprir certos deveres especificados em *memorandum* impresso, que elle recebe na occasião de lhe ser conferido o *ticket of leave*.

A violação desse compromisso acarreta a reintegração do condemnado no *Reformatory*.

Das diversas criticas feitas ao systema das *sentenças indeterminadas*, as mais serias e melhor arrasoadas são a de Gabriel Tarde, eminente sociologista francez, e a da importante associação *Howard*, em seu boletim de outubro de 1885.

Gabriel Tarde, consultado a respeito da questão das penas indeterminadas, asserta, em notavel ar-

tigo publicado na Revista Penitenciaria (1893) que a indeterminação penal, *considerada no sentido absoluto da palavra*, é do numero das cousas que *em theoria ainda são menos seductoras do que na pratica*, como o Jury e a Guarda Nacional, que theoricamente são mais insustentaveis do que praticamente: ella fere ainda mais a razão do que o senso pratico.

Não sabe porque a maior parte dos escriptores, que se hão occupado dessa questão, entende que a principal objecção a ella feita é tirada da difficuldade da applicação.

Reconhece que esse systema não é de facil applicação; que seria preciso não conhecer os *frequentadores* do palacio da justiça, a população das prisões, o funccionamento das commissões penitenciarias e o coração humano, para não prever a copiosa colheita de abusos que adviria da adopção do principio reclamado como a panacéa do crime.

« Por isso, diz elle, os partidarios mais esclarecidos têm imaginado medidas adequadas a combater esse flagello. Mas em vão, pois, faça-se o que se fizer, a duração da pena, não fixada pelo tribunal, sel-o-á de facto pelos guardiães das prisões; e o arbitrio do juiz, em geral instruido, será pura e simplesmente substituido pelo arbitrio de um agente subalterno, quasi nada psychologo, ás mais das vezes.

« O arbitrio do juiz é rotineiro e chama-se *jurisprudencia do tribunal*, mas é imparcial e sem paixão; o arbitrio do carcereiro será caprichoso, muitas vezes irritavel, vingativo e apaixonado.

« Ha um condemnado indisciplinado, insupportavel: um *guardião-chefe* se apressará em fazel-o considerar com direito á liberdade condicional: outro, para vingar-se, fal-o-á reter indefinidamente. Na maioria dos casos, guardião e commissão serão enganados pelas apparencias de arrependimento, e assim ter-se-á premiado a hypocrisia. Os *melhores* detidos, aquelles que os guardiães consideram emendados, são, em geral, os mais perigosos.

« Esta objecção de ordem pratica é capital; mas ha outra da mesma ordem, que não é menos grave.

« Querer a indeterminação completa das penas, é querer a suppressão do *maximo* e do *minimo* editados

pelo legislador, e não sómente dos que poderiam sel-o pelo juiz, em materia de prisão.

« Mas, á vista da indulgencia dos tribunaes, para que supprimir o maximo? A tendencia, todos veem, é para supprimir ou abaixar o *minimo*, não para supprimir ou elevar o maximo.

« Que campo immenso aberto ao favoritismo e ainda mais á suspeita delle!

« Não haverá uma sahida de prisão, quando se trata de condemnados de certa cathegoria, que não sirva de pretexto á malignidade publica de ver na abreviação ou no prolongamento da pena um acto de favor ou de desfavor.

« Si a mulher de Cezar não deve ser suspeitada, com maior razão convem que não possa sel-o o proprio Cezar.

« Não são essas as unicas considerações que se póde oppor á *indeterminação* das penas, nem se pense que sob o ponto de vista dos principios, ella esteja, por compensação, ao abrigo de qualquer censura.

« Si a pena só tivesse por fim a emenda e a não reincidencia do criminoso, comprehender-se-ia o alcance e valor do argumento, que tem sido o grande cavallo de batalha dos campeões da *indeterminação*:

« *Como poderá o juiz prever e fixar de antemão a época em que o condemnado deve estar emendado? E' como si o medico fixasse de antemão o numero de dias que o doente deve permanecer no hospital* ».

« Mas, na opinião geral e sobre tudo na dos utilitarios, cujos principios, se diz, exigem imperiosamente a reforma em questão, a pena deve ser tambem, e antes de tudo, exemplar e intimidante; no que ella differe completamente do tratamento de um doente.

« Ora, a este respeito, estará demonstrado que a theoria utilitaria implica a indeterminação das penas, e que a theoria da expiação, da justiça absoluta, reclama sua fixação pelo juiz? Poder-se-ia facilmente sustentar o contrario.

« A *indeterminação* é uma ameaça, uma espada de Damocles, porém, ao mesmo tempo, uma esperança, quer para o culpado, quer para os seus imitadores que se trata de intimidar ou de obrigar a reflectir.

« A *indeterminação*, em summa, si tiver-se em vista a audacia dos malfeitores mais susceptiveis de illusão do que de medo, mais propensos a esperar do que a temer, é antes contraria do que favoravel á intimidação.

« Por outro lado, aos olhos dos partidarios da expiação, a falta só é expiada quando o peccador faz penitencia ; e não se póde saber de antemão a data do seu arrependimento. Por isso, ninguem se admira de ter sido praticada pela Inquisição a *indeterminação* dos castigos.

« Assim, os dous principios que se costuma oppor, symetricamente, o da *utilisação social*, tal como é habitualmente entendido, e o da *justiça expiatoria*, parecem não ter que ver quasi nada neste debate ; e, si não houvesse outro principio em jogo, ou antes, si um dos precedentes não fosse susceptivel de um novo sentido, poder-se-ia dizer que a questão suscitada é destituida de todo interesse theorico.

« A unica utilidade da pena, porém, não é prevenir a reincidencia do delinquente e o contagio dos candidatos ao delicto.

« Ella tem outro aspecto do qual não se falla (os utilitarios menos do que ninguem) e pelo qual é eminentemente util.

« A pena não é creada sómente para o pequeno grupo de malfeitores actuaes ou eventuaes, para o desaggregar e enfraquecer ; é tambem para o grupo mais vasto dos homens honestos, para attestar publicamente e fortificar attestando-o, o gráo de sua indignação, reacção salutar e necessaria contra a perturbação lançada nas melhores consciencias pelo crime.

« Para bem comprehendel-o é mister reflectir que os estudos sociologicos nos mostram a contagiosa, inconsciente e poderosa sympathia que une os homens na sociedade, e a acção imperceptivel que cada um delles exerce, por uma palavra ou uma acção um tanto saliente sobre as idéas e tendencias dos que o rodeiam.

« E' de duas especies o mal produzido pelo crime: em um raio mais ou menos extenso em torno do logar onde elle se der, é o alarme dos interesses, alarme mais ou menos vivo e profundo, conforme a gravidade pela opinião attribuida ao acto criminoso; é tambem a perturbação das consciencias, a contradicção audaciosa das crenças communs, das maximas moraes, que são a força social e fazem a paz na sociedade.

« Erra quem pensar, fundado no que fica dito, que eu sou adversario irreconciliavel da indeterminação das penas, prosegue o douto publicista. Eu creio, ao contrario, que no fundo dessa idéa ha um bom germen, que póde ser implantado na sciencia penal, e dar bons fructos.

« Não seria possivel conciliar o que ella tem de favoravel debaixo do ponto de vista da emenda do condemnado, com o que exige, quer a intimação aos delinquentes primarios, quer a satisfação e a segurança das consciencias honestas?

« Creio que sim. Me parece que se poderia combinar facilmente uma certa indeterminação *relativa*, ou para fallar com mais exactidão, *uma determinação condicional da pena*, com a idéa do Sr. Garofalo sobre a indemnisação dos prejuizos causados pelo delicto. Eu me explico:

— Um individuo furtou 50 francos, em dadas circumstancias; o tribunal diz: *si não tivessemos de attender á reparação pecuniaria do furto, condemnariamos o ladrão a seis mezes de prisão, pura e simplesmente; mas, não podemos deixar de pronunciar no interesse da emenda do criminoso e no da sua victima, essa reparação, devemos condemnal-o a dois mezes de prisão no minimo, ou a um anno no maximo, pena que terminará, entre esses dous gráos, visto como pelo trabalho na prisão, o condemnado terá ganho a somma de 50 francos, que será posta á disposição da victima. D'elle, pois, dependerá ou não permanecer senão tres ou quatro mezes na prisão; e, si tiver de passar mais tempo, será pela sua preguiça, ou má vontade, e nós as puniremos prolongando-lhe a detenção além do termo que ella teria de outro modo.*

« Por este processo o juiz terá feito tudo quanto podia para tornar a pena correctiva e reparadora, e ao mesmo tempo terá satisfeito a opinião publica a respeito da gravidade que ella attribuia ao delicto.

« O que ha somente é que, a este respeito, seu pensamento, menos simplesmente expresso, deverá ser procurado na relação entre o maximo e o minimo, combinados com a reparação pecuniaria.

« Si a quantia furtada é avultada, seria irrisorio dizer que, si o condemnado a tivesse economisado, sua pena chegaria ao termo.

« Nestes casos, felizmente muito raros, conviria não obrigar o condemnado a ganhar, pelo trabalho na prisão, senão a metade, a quarta parte, uma fracção determinada, emfim, do que elle furtou e gastou.

« Deste modo a hora da liberdade, para o condemnado, dependeria, não da vontade de um *guardião-chefe*, mas do esforço e do trabalho do proprio condemnado. Seria a certo respeito tambem um correctivo excellente á liberdade condicional, que já é um progresso.

« Assim entendida, isto é, como — *determinação condicional e relativa*, a chamada *indeterminação das penas* me parece digna da attenção de que ella é objecto por parte de tantos homens instruidos e distinctos.»

O Boletim da Associação Howard diz o seguinte:

« Ha uma correspondencia consideravel entre nossa Associação e algumas pessoas influentes da America do Norte, relativamente ao systema de prisão variavel (*indeterminate sentences*) que está sendo posto em pratica em Elmira.

E' á vista della que chamamos a attenção dos nossos leitores para os seguintes pontos:

1.º O systema americano de prisão variavel (systema d'Elmira) não é applicado aos que mais necessidade têm d'elle (os criminosos por habito mas aos que menos delle precisam, isto é, os individuos de 16 a 30 annos, criminosos primarios.

2.º Em Elmira ha assassinos e outros grandes criminosos. A duração maxima de cinco annos que póde ser ainda reduzida, conforme a bôa conducta do condemnado, é insufficiente, pelo menos, para alguns desses criminosos, sobretudo no regimen de vida em commum e comparativamente agradavel seguido em Elmira.

3.º Os presos do Rf. d'Elmira editam um jornal publicado na prisão todos os domingos, podem ler os jornaes e os livros da bibliotheca composta principalmente de romances de Eugenio Sue, Dumas, Braddon, Ouida, Bulwer, etc., organizam concertos instrumentaes, aprendem com os professores dos

collegios circumvisinhos, e consagram grande parte do tempo ao desenho artistico e á modelagem.

« A Associação Howard deve declarar que estas e outras indulgencias podem converter o crime em attractivo perigoso para os seres viciosos que existem sempre no seio da sociedade, e são de natureza a impedir seriamente em outros paizes os progressos do systema de prisão variavel, e a fazer nascer contra essa reforma tão desejavel, sendo bem regulada, preconceitos que só poderiam resultar da applicação pervertida e em parte falseada que se lhe dá em Elmira.

« O Dr. Wailand, escriptor americano eminente em questões sociaes, que admira o *objecto* d'Elmira em si, isto é, *a reforma dos criminosos*, observa ainda que é um facto significativo — *os criminosos de New-York pedirem para ser enviados para Elmira*.

Isto é, com effeito, bem significativo, e mostra que uma prisão puramente reformadora póde produzir mais crimes em globo do que cural-os em detalhe.

O primeiro fim a realisar é a segurança da sociedade em geral, a diminuição da criminalidade. Um regimen de prisão calculado, organizado para não produzir esse resultado, póde vir a ser, a despeito de certo merito e de excellentes administradores, radicalmente máo, e damnoso.

4.º Em 1884 o embaixador dos Estados Unidos na Inglaterra transmittia á directoria da Associação Howard convite para preparar o programma geral de uma conferencia nacional relativamente ás instituições de beneficencia, prisões, etc., que devia ter logar em S. Luiz .»

Na resposta da Associação a esse convite, se lê: «Mas estabelecer nas prisões (como se observa especialmente em muitas prisões americanas) *une continuelle et joyeuse compagnie de gueux nourris, vêtus, chauffés*, tendo á sua disposição livros, musica, jornaes, emfim, um conforto superior em qualidade e quantidade ao que poderia ter um homem pobre e honesto na sociedade, é induzir ao mal.

***

Ainda relativamente ás sentenças indeterminadas o que de mais importante conhecemos consta:

a) da discussão travada na sessão, de abril do corrente anno, da "Société Générale des Prisons", com séde em Pariz, entre os Srs. Van Hamel, professor emerito na Universidade d'Amsterdam, Von Liszt, celebre professor de direito criminal em Berlim, Adolpho Prins, inspector geral das prisões belgas, professor de direito na Universidade de Bruxellas, e presidente da União Internacional de Direito Penal [1], o conselheiro Baumgarten, commissionado pelo Governo da Hungria para convidar os membros da "Sociedade Geral das Prisões » a tomarem parte no Congresso da " União Internacional de Direito Penal", que devia reunir-se em Budapest, a 12 de setembro, M. Barrows, membro da Camara dos Representantes de Washington, E. Gardeil, professor na Universidade de Nancy, Jean Cruppi, deputado, ex-advogado geral perante a Côrte de Cassação, Granier, inspector geral das prisões da França e A. Mourral, presidente do Tribunal de Dijon; [2]

b) da excellente monographia que, sob o titulo — *L'individualisation de la peine* — publicou, no anno proximo passado, em Paris, o illustre sr. R. Saleilles, professor na Faculdade de Direito da Universidade de Paris, e no Collegio Livre das Sciencias Sociaes.

Nesse livro, que é prefaciado pelo emerito publicista G. Tarde, o douto professor encara, por todas as faces, o principio da *adaptação da pena ao individuo*, que hoje se chama — *individualização da pena*, principio do qual decorrem tres graves problemas: *o da individualização legal, o da individualização judiciaria e o da individualização administrativa.*

Tratando do conceito juridico do crime, que não se póde mais considerar *entidade juridica* analoga a

---

[1] Esta sociedade, hoje universalmente conhecida de todos os juristas, foi fundada pelos mesmos eminentes professores " La Legislation pénale comparée, obra de grande folego, cujo primeiro volume sob o titulo —" Le droit criminel des E'tats Européens " acha-se publicado, é o melhor attestado da importancia dessa sociedade.

[2] Não convindo fazer resumo dos discursos proferidos, pelos jurisconsultos acima nomeados, na brilhante sessão da "*Sociedade Geral das Prisões* », para não enfraquecer os argumentos produzidos pró e contra, n'aquella elevadissima e memoravel discussão, daremos, em appendice, os mesmos discursos, na integra.

um conceito geometrico ou a uma formula algebrica como o considerava a escola classica antiga, diz o illustre escriptor:

« Nous arrivons à un tournant oú toutes les écoles sont bien prés de se fondre.

Mais il n'en faut pas moins retenir cette idée — que ce qui distingue l'école classique, en dehors de ses conceptions particulirès en matière de responsabilité, c'est sa prédominance à considérer le fait criminel dans sa materialité et par son còté objectif.

A' l'encontre de cette conception qui, au fond, était une conception de juristes, on en a, peu à peu, opposé une autre qui s'est développée, qui a grandi, et qui, á son tour, est bien prés de devenir classique. En voici la formule:

« *La peine doit se mesurer moins á la gravité matèrielle du crime, au mal realisè, qu'à la nature du criminel. Il est contraire* à toute justice que, sous prétexte de justice, on inflige une souffrance inutile».

Or, la seule utilité que l'on puisse demander à la peine c'est de faire du criminel un honnête homme, si la chose est possible, ou sinon de la mettre hors d'état de nuire.

A' l'idée que la peine était *un mal pour le mal*, on substitue l'idée que la peine est un moyen pour le bien, un instrument, soit de relèvement individuel, soit de préservation sociale. La peine a un but social qui est dans l'avenir ; jusqu'alors on ne voyait en elle qu'une conséquence et comme une suite nécéssaire d'un fait passé: elle était calquée et mesurée sur le fait accompli, sans reférence à ce qu'elle pouvait produire dans l'avenir. Aussi ne produisait-elle que récidivistes !»

Será á lei antecipadamente, e por meio de presumpções, sem conhecimento dos individuos a quem deve ser applicada, julgando-os pelos factos e classificando-os por categorias legaes, que se ha de encarregar de *medir* approximadamente a pena e de *adaptal-a* á criminalidade individual?

— Systema de individualização legal.

Será, pelo contrario, o juiz, em presença, não mais de um ser abstracto e anonymo, mas do ser real que commetteu o crime, sabendo o que elle é e o que vale, que fará essa adaptação da pena ao grão de moralidade subsistente no delinquente, segundo a

esperança de emenda e de rehabilitação moral que elle possa inspirar?

— Systema de individualização judiciaria.

Emfim, será necessario ir mais longe, e, si se considera o juiz mal apparelhado para apreciar o homem pelo seu valor proprio, visto como delle não conhece sinão um facto — *o crime praticado* — com todas as consequencias, é bem verdade, que o rodeiam, mas sem que possa adivinhar qual seja o effeito da pena sobre o seu temperamento, será preciso deixar á administração penitenciaria, que vê e observa diariamente os *clientes* que lhe confiam, o cuidado de medir a pena pelos progressos que ella verifica, e o cuidado, por conseguinte, de fazer cessar a mesma pena logo que ella julgar definitivas a emenda desejada e a rehabilitação individual?

— Systema de individualização administrativa.

«São tres problemas bem graves, continúa o mesmo publicista, porém ainda ha outro mais grave do que todas essas questões de applicação, e que diz respeito a uma especie de inquietação da propria consciencia.

E' sabido que a escola classica tinha por fundamento duas verdades, que devem ser postas em relevo: a primeira é que — o mal realizado, em si mesmo e independente da vontade de quem o praticou, causa abalo e perturba o meio social no qual se produziu, e essa perturbação, á parte toda idéa de expiação, no sentido religioso ou metaphysico da palavra, implica a necessidade de uma satisfação reclamada pela consciencia publica. A segunda é que, — segundo um certo modo de conhecer a idéa da justiça, é difficil desligarmo-nos de certo ideal de igualdade mathematica, e, si pelo mesmo facto dous individuos são objecto de penas differentes, ou differentemente *medidas*, parece evidente que a *igualdade* é violada e que em logar de *justiça* ha *arbitrio*.

«Como, pois, conciliar com essas necessidades superiores, que são ao mesmo tempo necessidades sociaes, a necessidade indeclinavel de ter em consideração o proprio *individuo*, e a necessidade, conseguintemente, de proporcionar a pena, menos ao facto material por elle commettido e ao mal exterior produzido, do que ao mal intrinseco, ao mal que reside nelle proprio, a essa especie de criminalidade latente e virtual, que o transformou em ser perigoso para os

outros; em summa ao seu gráo de moralidade, ou, si assim se póde dizer, *de normalidade*, e ás probabilidades de emenda que elle possa, porventura, offerecer?

«Eis ahi, sob todas as suas faces, o mais grave problema da *individualização da pena*.»

Todos esses problemas o emerito professor examina e resolve estudando os principios das tres escolas penaes e propondo um accordo, como unica solução pratica, visto como, no terreno dos factos, essas escolas se approximam, acceitando uma as soluções praticas das outras, e porque — *il ne faut pas qu'un mot, ou qu'une question d'étiquette ou de drapeau, empêchent de s'entendre des gens qui poursuivent le même but;* porque — *il ne faut pas, par exemple, que des gens qui croient à la responsabilité et à la liberté, se considèrent, en vertu même de leurs principes, comme eternellement attachés au même rivage, comme eternellement immobilisés dans les mêmes routines, et qu'ils se refusent à accepter les moyens de défense sociale qu'une école opposée pourrait leur offrir*.

Pondera ainda o illustre professor que ha, precisamente, uma tendencia para os campos oppostos se approximarem e se entenderem no terreno das soluções praticas, o que elle considera um grande bem e um resultado que convem favorecer e apoiar por toda parte.

«Que estamos em uma epoca de transição em que as idéas se baralham, as noções tradicionaes são insufficientes, e em que, entretanto, é impossivel esperar que uma idéa nova haja sido solidamente demonstrada e universalmente reconhecida, *porque se arriscaria esperar muito tempo*, e, em quanto se espera, os factos reclamam a devida solução, e é preciso dar-lh'a.

«Que, si as formulas antigas não servem mais, é preciso que cada um faça os ensaios e tentativas necessarios, pois de todos esses esforços combinados resultará a nova formula.

«Que seria facil citar exemplos e symptomas em apoio dessa feliz independencia das doutrinas: *vamos de inconsequencias em inconsequencias*, porém todo o mundo sabe que a vida não é possivel de outro modo; e a historia não é sinão brilhante demonstração, em

materia de conducta humana, e sobretudo a respeito de leis sociaes, da eterna *falha do absoluto e dos pretendidos principios delle decorrentes.*

« Durante muito tempo, continúa o emerito publicista, nos dividiu a grave questão da responsabilidade. Parecia que todo o bom *determinista*, para ser logico comsigo mesmo, devia negar a idéa de responsabilidade, e ainda hoje talvez pareça que elle deve acceitar todos os postulados da escola positivista italiana.

« *Que d'heureuses inconséquences*, exclama o illustre professor, *nous voyons cependant tout autour de nous et comme l' on commence enfin à sentir le vide de ces démonstrations tout en syllogismes purs, qui, tant qu'elles restent un jeu de l'esprit, n'ont jamais fait échec à une idée nouvelle, pas plusqu'elles n'ont réussi à sauver les anciennes! On ne vit pas de logique, on vit de necessités pratiques; mais l'on vit surtout de convictions et de foi personnelle. Voyons donc quelques unes de ces pretendues inconséquences.*

C'est ainsi, par exemple, qu'il y a des savants de premier ordre et de sociologues éminents, comme M. Tarde, pour aller de prime saut aux sommets, qui acceptent danstoutesa rigueur la loi de causalité dans son application aux faits de l'ordre psychologique, et qui cependant sont les défenseurs trés convicus, sur le terrain sociologique tout au moins, de la survivance et du maintien de l'idée de responsabilité.

Il y en a, comme ètait Merkel en Allemagne, qui sont des déterministes passionés, et qui ont soutenu, en ce qui touche la nature de la peine, tous les caractères tradicionnels qui lui attribue l'école classique, l'idée de sanction et, par suite, celle de réparation, au sens de la justice absolue, du mal qui a été causé.

Et enfin, tout récemment encore, dans la Revue de Liszt, Makarewicz exposait, dans une démonstration magistrale, que l'opposition qu'on avait assayè d'tétablir entre l'école classique et l'école positive, sur le terrain tout au moins du droit pénal, se réduisait presque à des questions de mots, et que sur tous les points, sur le terrain pratique, elles allaient en quelque sorte à la recontre l'une de l'autre et se trouvaient bien près d'etre d'accord.

Ne sont-ce pas des classiques, des spiritualistes pour tout dire, des fidèles de la liberté et de la responsabilité qui après avoir fait admettre les circonstances atténuantes, se sont mis à la tête du grand mouvement de réforme penitentiaire fondé tout entier sur l'espérance de relèvement moral du criminel et qui, en fin de compte, ont fait voter en France cette loi du sursis, contre laquelle l'Allemagne a protesté pendant long temps, tout au moins l'Allemagne officielle, et qui de toutes les mesures que pourrait inspirer l'école italienne, est à coup sur l'une des plus caracteristiques ?

Il faut en dire autant, et en sens inverse, de notre loi de 1885 sur la relegation des recidivistes, tout au moins de ceux considerés comme incorrigibles, loi de défense sociale au premier chef.

Ces deux lois, qui sont des lois françaises, on ne saurait trop le redire, sont comme la traduction même dans le domaine du droit positif de la formule qui sert de mot d'ordre à l'ecole nouvelle, et qui est celle-ci: d'une part venir en aide aux délinquents par nature et par état psychologique; indulgences sans limite pour les égarés d'un moment, sévérité impitoyable pour les pervertis à fond. Notre loi de sursis réalise l'indulgence sans limites pour les égarés d'un moment et notre loi sur la relégation realise la sevérité impitoyable contre les pervertis à fond.

De ce premier coup d'œil d'ensemble parait bien ressortir une conclusion qui est plutôt rassurante; c'est que, si nous trouvons en Allemagne des deterministes et des positivistes rigoureux qui se font les defenseurs de toutes les idées classiques en matière pénale, on admettra bien qu'il y ait aussi en France des idéalistes, mettons des spiritualistes, sinon au sens philosophique du moins au sens réligeux du mot, c'est-à-dire des croyants, qui ne se fassent aucun scrupule d'aller aujourd'hui très loin dans la voie des réformes proposées.

Admettons, si l'on veut, que ce soit une profession de foi: elle nous servira au moins a renverser les barrières philosophiques, pour nous retrouver unis sur le double terrain de la justice et de la nécéssité sociale.»

Logo em seguida aos bellissimos conceitos que acabamos de pôr sob os olhos do leitor, explica o douto professor em que consiste a escola classica, essa escola tradicional que inspirou o codigo penal francez ; como e por que evolução de idéas chegou-se à essa concepção puramente juridica da pena e de sua applicação, concepção cuja consequencia tem sido *fazer encarar o facto criminoso como entidade abstracta, como uma especie de quantidade algebrica, independente da pessoa do delinquente*, de tal sorte que, discutindo-se circumstancias de facto puramente materiaes, decide-se sobre a pena a applicar-se, sem a preoccupação do que fôra o individuo cuja sorte estava em jogo; concepção que terá sido o triumpho do espirito racionalista do começo deste seculo, mas que, sem duvida, ha de causar admiração ao seculo que vae começar ; sobretudo si se observar que são os nacionalistas que a abandonam e os espiritualistas, pelo contrario, que querem mantel-a como *palladium* de sua fé philosophica.

Mostra, depois, por que progressão historica chegou-se a essa construcção artificial, inteiramente ficticia, do direito penal.

Trata-se da escola *neo-classica* e da *individualização* fundada sobre a responsabilidade : da Escola italiana e da *individualização* fundada sobre a *temibilidade ;* da *responsabilidade e individualização*; da *individualização* legal, judiciaria e administrativa ; e fecha o derradeiro capitulo de sua importante monographia com as seguintes observações :

« *La théorie purement classique ne peut convenir qu'à ceux qui croient au libre arbitre sous sa forme traditionnelle, et ils sont de plus en plus rares. La théorie extrême de l'école italienne ne ralliera jamais que les deterministes purement materialistes; et c'est la division se perpétuant entre deux groupes irréductibles.*

« *En posant la question sur le terrain des résultats, tout en reservant le principe superieur de responsabilité, il semble que tout le monde puisse se recontrer. La responsabilité subsiste, mais elle n'impose aucun resultat qui soit inconciliable avec les idées de l'école positiviste ; et parmi ceux que cette école puisse proposer il n'en est aucun qui ne puisse se conservoir comme contraire á l'idée de respon-*

sabilité: la divergence reste purement théorique et se maintient sur le terrain des appréciations individuelles et des conceptions qui émanent de la conscience de chacun. La peine, dans son application pratique *et par son regime, aura même organisation et sera exactement la même; seulement les uns y verront une sanction orientée en vue de la defense sociale et les autres en feront uniquement un moyen de sécurité sociale. Cela ne changera rien au résultat et au mode d'action, points sur lesquels tous les hommes de science et tous les hommes de bonne volonté s'entendront.*»

SYSTEMA GRIFFITHS

No Congresso internacional de anthropologia criminal, que teve logar, em 1896, na cidade de Genebra, (Suissa) foi lida pelo illustre Sr. A. Rivière, em nome do major Griffiths, inspector das prisões inglezas, uma communicação, em que este douto penitenciarista, depois de mostrar:

a) Que a reincidencia augmentara na Inglaterra, ao passo que a criminalidade ordinaria diminuia de modo consideravel;

b) Que ha um grande contingente de criminosos que segue um movimento perpetuo de entradas e sahidas das prisões, e a cujo respeito a gamma do tratamento empregado pelas administrações penitenciarias é de resultados nullos, pois nem a severidade, nem a bondade, nem as mais penosas privações, nem os methodos mais philantropicos produzem effeitos apreciaveis;

c) Que de vez em quando o Estado faz capturar os reincidentes, os encarcera, pune, exhorta, fortalece, e assiste quando restituidos á liberdade, porém na maior parte dos casos não consegue fazer delles homens honestos;

d) Que, chame-se aos reincidentes — *criminosos natos* — *criminosos de acaso ou por instincto* — *criminosos por habito* —, devido á miseria ou á fraqueza do senso moral, sua caracteristica acha-se comprehendida na expressão geral — *reincidentes* ou *criminosos habituaes*;

e) Que, nascidos criminosos e obrando sob o effeito de uma inclinação irresistivel para o crime, ou tornados criminosos por effeito de *circumstancias ambientes* ou de certas negligencias da Lei, os reincidentes continuarão, na maior parte, toda sua vida, a trilhar o mesmo caminho, e são esses os chamados — *fóra da lei* — em guerra com a sociedade; mas o tratamento que a mesma sociedade deve applicar-lhes constitue progresso ainda não realizado;

f) Que nenhum paiz mais do que a Inglaterra ha feito experiencias de todo o genero neste assumpto, pois ella experimentou a deportação na maior escala possivel, obtendo aliás resultados tão notaveis que os defeitos do systema não merecem ser lembrados, tendo-se em attenção que uma segunda Australia poderia ser fundada á imitação da outra: ella foi uma das primeiras a pôr em pratica o systema cellular e é actualmente a unica nação que possue o maior numero de cellas simples, de sorte que é o unico paiz onde cada preso tem cella separada; ella inventou tambem o systema progressivo denominado Irlandez ou de Crofton: ella tem, emfim, organisado e mantido o patrocinio dos *liberados*; e comtudo, e apezar de tudo isso, a criminalidade conserva o mesmo vigor e vitalidade inquietadores, devendo-se concluir d'ahi que outros processos devem ser ensaiados;

g) Que póde-se experimentar ainda um processo, e a direcção a dar a essa experiencia póde ser indicada, e elle o fará repetindo uma phrase um tanto paradoxal de que já usou em outra occasião: *os criminosos de um paiz deveriam ser classificados em duas grandes divisões, a dos que nunca deveriam ser encarcerados, e a dos que nunca deveriam ser soltos;* proposição esta que significa que ao *pequeno delinquente* a disciplina e o estygma da prisão deveriam ser poupados como prejudiciaes e desmoralisadores, servindo apenas para impellir ao caminho do mal individuos relativamente innocentes e ainda não manchados profundamente pelo vicio; e quanto á segunda divisão, ella é reservada evidentemente ao criminoso endurecido, que por delictos repetidos mostra a premeditação de revoltado, e que por isso perdeu o direito á liberdade; é um incorrigivel na verdadeira accepção do termo;

h) Que ninguem, humanamente fallando, é incorrigivel; porque onde ha vida, ha esperança, mesmo

tratando-se do criminoso nato. A despeito dos estygmas que o caracterisam, este é perfectivel, ainda não sendo devidamente escolhido para esse effeito o melhor methodo curativo;

i) Que, dos methodos empregados ha um que serve para as fórmas mais communs do crime e do delicto, isto é, o crime ou delicto commettido por avidez, é o methodo que o grande Thackray, autor inglez, assignalou pela phrase que elle attribue á famosa aventureira Becky Sharpe:

« *E' muito facil ser honesto, quando se possue um rendimento de 25.000 francos* »;

j) Que, não se podendo dotar a todos os necessitados que revelam inclinação para o crime, havemos de ter sempre criminosos inveterados: incorrigiveis, porém, não são elles, porque de outro modo só restaria um recurso — *supprimil-os*, methodo este que, todavia nunca serviu para abolir os crimes, e a prova são as hecatombes de criminosos devidas ao codigo draconiano, que a Inglaterra applicava ha 50 annos. A forca e a deportação para os antipodas feriam, muitas vezes, os menos culpados;

k) Que, a respeito da segunda parte do seu paradoxo, — a que comprehende os criminosos que não se deveria nunca deixar sahir das prisões, poder-se-hia usar da *detenção prolongada, condicional*, applicada ao individuo na esperança motivada de poder elle melhorar com o tempo, pois evidentemente os criminosos inveterados deviam ficar detidos emquanto constituissem um perigo para a gente honesta, ou recusassem *depôr as armas*, que é o systema da condemnação á prisão sem limite determinado, systema que tem muitos partidarios, porém estes não o encaram sinão pelo lado theorico; sendo para notar neste genero o *Reformatory* d'Elmira; mas o systema d'Elmira não é applicado sinão aos criminosos que não teem mais de 30 annos, e susceptiveis de emenda, e, em geral, aos criminosos primarios; e, em summa, é o desenvolvimento do systema reformador que já tem produzido bons resultados na Inglaterra, porém que, pelas suas vistas ultrahumanitarias, não convém mais para o criminoso endurecido, verdadeiro pariá insusceptivel de regeneração, que ha de ser sempre a pesada cruz da criminologia;

l) Que, quando os criminosos inveterados forem condemnados á detenção sem limite prefixo, bem perto nos acharemos da solução do mais grave problema penal;

m) Que o systema é eriçado de difficuldades, mas nenhuma dellas insuperavel, pois evidentemente a detenção não poderia ser indefinidamente prolongada sinão mediante certas precauções, e sobretudo segundo o caracter dessa mesma detenção.

Depois de observar que para um periodo prolongado, a cella está fóra de questão; que na Belgica a reclusão cellular dura algumas vezes muitos annos, com o maximo rigor para o condemnado, mas as autoridades desse paiz estão dispostas a modificar esse systema; que relativamente ao systema progressivo, com seus trabalhos excessivos e a separação individual durante a noite, não póde ser infligido indefinidamente nem mesmo aos que são condemnados a trabalhos forçados perpetuos, conclue do modo seguinte:

« Donc, ancun de ces méthodes ne peut servir dans les cas de détention sans durée fixe.

« Le traitement à appliquer à ce genre de délinquants doit être plus humain, moins dur; il lui faudrait un établissement autre que le bagne ou la prison, quelque chose comme un lieu de pénitence avec discipline de riguuer, travail forcé et suppression de la liberté, un asile, un hôpital, l'hôpital moral de la nouvelle criminologie.

« La vie à l'air libre, mais avec des restrictions bien determinées, serait la réalisation de cet idéal: la *colonie agricole*, si éloquemment défendue par le professeur Ferri. Ces établissements seraient destinés à des fins industriels et agricoles. Ils se suffiraient à eux-mêmes autant que possible; le détenu, quand il l'aurait mérité, pourrait soutir de la colonie, aller visiter des parents ou des amis, avec obligation for melle pour lui de rentrer, sous peine de mesures, de rigueur.

« Ce mode de detention modéré a été essayé sans inconvénients dans les prisons intermédiaires du système irlandais, mais il a été sur une petite échelle. Quant aux cas où le condamné ne reviendrait pas de lui même, ils seront rares, car, avec les ressources de la police anglaise, l'individu serait bien vite retrouvé et ramené, de force, dans sa prison.

« On objectera que c'est là le developpement de notre système de libération conditionnelle actuel, le billet de départ, le — *ticket of leave*. Ce système a donné de bons résultats, mais il a aussi ses défauts.

« Le convict libéré conditionnellement se plaint de l'ingérence de la police qui le poursuit, comme de juste, quand un crime est commis et que son auteur reste introuvable; il est arrêté alors sur simple présomption. Mais il est bon d'ajouter que bien souvent aussi des crimes sont commis par des libérés conditionnels et qu'on ne retrouve jamais leurs auteurs.

« Le contrôle pour les détentions à termes indeterminés devrait être confié à des fonctionnaires officiels responsables, capables d'apprécier les progrès de chaque détenu, de mesurer les résultats obtenus auprès de chacun d'eux et travaillant au grand jour sous les yeux du public. »

Como acaba de ver o leitor, o systema Griffiths é o mesmo systema irlandez ou de Crofton, com um quarto estagio.

A indeterminação da sentença que o douto penalista considera indispensavel ao seu systema, já existe no systema irlandez, pois outra cousa não é o instituto da liberdade condicional ou *ticket of leave*, com a unica differença de ficar o — *convict* sujeito á vigilancia da policia, condição esta que, aliás, não é caracteristica de nenhum systema, mas complemento desse mesmo instituto, hoje geralmente adoptado pelas nações policiadas.

O traço caracteristico do systema Griffiths, por tanto, ou antes sua originalidade, é — essa especie de internato com sahidas severamente reguladas.

E' isso justamente que constitue o quarto estagio accrescentado ao systema irlandez ou de Crofton, do qual já nos occupámos. E' isso que o illustre Major Griffiths não admitte que se possa confundir com a liberdade condicional.

Submettida á discussão essa interessante e bem documentada *communicação*, foram feitas algumas observações a seu respeito pelos srs. Van Hamel, E. Ferri, Gautier, A. Rivière e Lombroso.

O sr. Van Hamel disse que a idéa das sentenças indeterminadas é um dos resultados directos dos estudos de anthropologia criminal.

« Que a theoria, debaixo do ponto de vista da moderna criminologia é simples e racional, como demonstra o Sr. Griffiths.

« Que si se quer defender a sociedade contra o perigo da reincidencia, é preciso abandonar o systema das sentenças *anteriormente* determinadas, pois é pouco racional fixar previamente a epocha em que o reincidente, que ha revelado uma bem accentuada inclinação para o crime, poderá ser restituido á sociedade.

« Que uma das objecções feitas á indeterminação das sentenças é a que foi formulada no Congresso da União Internacional, em 1893, em Paris, pelo senador Beranger, nos seguintes termos:

« E' o caracter indeterminado da pena que augmenta a gravidade da mesma pena, ou antes que tira ao individuo a unica consolação do condemnado — *a certeza do momento de sua liberdade* ».

« Eu não nego, observa o orador, este effeito da medida; mas acredito tambem que a sentença indeterminada põe em maior relevo, deante do criminoso, o verdadeiro caracter dos seus delictos: elle não poderá mais então considerar a pena como o preço que paga, de vez em quando, *para ter a liberdade de levar uma vida criminosa*. O condemnado sente, pela incerteza do momento da liberdade, que a sociedade o considera um inimigo que ella não admittirá em seu seio senão quando não constituir mais um perigo social.

« Além disso, poder-se-á sempre evitar o arbitrio por meio de *deliberações periodicas*: e, si quizerem— para salvar o principio da determinação — fixar um limite geral, 20, 30, 40 annos, limite que não poderia ser ultrapassado, eu não me opporia a essa regra como systema provisorio e de transicção.»

— E. Ferri disse que um ponto sobretudo lhe interessava na importante communicação do Sr. Griffiths, era a sentença indeterminada que o Sr. Van Hamel tão eloquentemente acabava de sustentar:

« Que ia procurar responder a essa objecção pratica de que elle fallou, que é quasi o unico argumento dos adversarios dessa grande reforma legislativa e judiciaria, que elle indicava justamente como a consequencia immediata das inducções da anthropologia criminal.

« Que acreditava que as difficuldades da applicação da sentença indeterminada provêm de se pensar em introduzir, de maneira puramente natural, essa reforma radical, na organização judiciaria actual. Assim, é claro que seria difficil obter-se garantias sufficientes, como, de resto, aconteceu com a condemnação condicional que é o seu *pendant*. A sentença indeterminada seria applicavel aos criminosos perigosos, ao passo que a condemnação condicional o é aos menos terriveis.

« Mas, accrescenta o orador, a condemnação condicional como é applicada na Europa — isto é, sem a *probation officer*, que em Boston é encarregada de vigiar os individuos condemnados condicionalmente, para fazer cessar a suspensão da execução, não somente no caso de reincidencia legal, mas tambem, quando elles têm conducta antisocial — não ha produzido as vantagens que della se esperava, porque tornou-se uma especie de rotina burocratica na qual só as condições juridicas do crime se impoem aos juizes, muitas vezes, sobrecarregados de trabalho, emquanto que as condições pessoaes do criminoso são esquecidas.

« Para tornar fecunda a condemnação condicional, assim como a sentença indeterminada, é necessario implantal-as physiologicamente em uma organização judiciaria differente da actual.

« Salvo os detalhes que o tempo modificará, eis como se me figura em suas grandes linhas a justiça penal do futuro :

« Em primeiro logar, a justiça fundamental consiste no pessoal dos juizes. Um codigo theoricamente perfeito não tem valor algum si os homens que devem applical-o não possuem as qualidades e os conhecimentos necessarios para verificarem o seu effeito. Entre os juizes e os directores de penitenciarias encontram-se raramente individuos dotados de genio psychologico especial que lhes permitta tornarem-se a alma de um tribunal ou de uma penitenciaria, e adoptarem as sentenças ou a disciplina ás qualidades pessoaes dos detidos.

« E' preciso que isto seja a regra, e que se obrigue os juizes e os funccionarios a terem os conhecimentos necessarios, não de direito romano e civil, como presentemente, mas de physiologia, de psychologia, de anthropologia, de sociologia, etc. E' preiso mesmo distinguir nas Universidades a carreira do jurista civil da do jurista criminalista.

« Quando se tiver um pessoal com sufficientes noções, serão necessarias ainda outras reformas. Por exemplo, a defesa do accusado deve tornar-se uma funcção social, um officio publico, da mesma sorte que a accusação, porque eu comprehendo que a defesa do advogado em um processo civil ou commercial seja cousa privada, mas não a defesa do indiciado, que interessa tambem à sociedade, a qual deve ter funccionarios encarregados de estudar os processos sob o ponto de vista da accusação.

« E' este o unico meio de libertar a justiça penal dessa lucta de alicantinas, ardis, insidias, e duellos oratorios, que actualmente compromettem-lhe, muitas vezes, a sinceridade e a força moral.

« Feito isto, a funcção do juiz consistirá somente em declarar si o indiciado é realmente o auctor do crime que se lhe attribue. Si é, o juiz não póde fixar previamente a pena a infligir-lhe ; poderá, quando muito, declarar a categoria á qual elle pertence, e fazer a escolha para a segregação em tal ou tal estabelecimento.

« A sentença deve ser indeterminada, mas deve tambem ser submettida a revisões periodicas, por commissões permanentes, como propoz o sr. Von Liszt.

« Eu queria que essas commissões fossem compostas não somente de elementos judiciarios e administrativos, mas tambem do accusador e do defensor publico, de medicos e de psychiatras, assim como de representantes da consciencia publica, eleitos pelo povo. Os trabalhos das commissões deveriam ter garantia da publicidade.

« Com esta organização judiciaria, eu acredito que as difficuldades praticas da sentença indeterminada serão eliminadas, e que haverá a maior garantia, quer para a liberdade individual, quer para os direitos da collectividade em face do criminoso.

« Com este systema que eu desenvolvi, ha já alguns annos, em outro logar, a objecção da tortura causada ao condemnado pela incerteza não tem mais razão de ser.

« Logo que existem essas garantias d'applicação e que a sentença indeterminada se applica aos crimes mais graves ou aos criminosos mais perigosos — pois para os outros basta a indemnização ás victimas —

mesmo essa tortura da incerteza que nós suppomos existir para o criminoso não poderá ser objecto de receio.

O illustre professor refere, a proposito, uma anecdota de sua vida scientifica, occorrida em 1880, por occasião da primeira visita por elle feita á penitenciaria de *Pesaro*.

— Um condemnado que já tinha cumprido vinte annos de trabalhos forçados declarava que não queria sahir da prisão, ainda que lhe concedessem o perdão que se costuma conceder frequentemente, com o fim de fazer economias no orçamento das prisões, e em favor dos que se chamam — *os bons detidos*, os quaes geralmente não são senão os mais *hypocritas*.

«O que poderei eu fazer aos 70 annos, em minha aldeia da Calabria, onde não tenho mais parentes, nem amigos, nem meio algum para viver? Prefiro passar aqui tranquillamente o resto de meus dias.» Foi a resposta que lhe deu esse infeliz.

Baseado n'esse facto, exclama o douto sociologista:

«*Oui, messieurs, il avait raison*, car la société contemporaine qui ne s'inquiète pas d'assurer le travail aux honnêtes gens, qui le lui demandent pour gagner leur vie, paraît être guidée par cette norme morale: — *si vous restez honnête, vous pouvez mourir de faim et je ne m'occupe pas de vous; mais si vous commettez un crime, alors je vos assure la nourriture et le logement*!...»

M. Gautier manifestou-se nos seguintes termos:

«O sr. Ferri nos traçou o quadro da justiça do futuro: permitti-me que eu falle do presente e do que parece actualmente realisavel.

«Eu desejava, como jurista, analysar o systema das sentenças indeterminadas. Não manter em prisão aquelle que parece emendado; não deixar sahir aquelle que parece ainda perigoso, nada mais seductor, em theoria: é a solução ideal do problema da penalidade. Infelizmente, a realização pratica da idéa encontra obstaculos que, ao menos com relação á maioria dos condemnados, me parecem, com pezar o digo, insuperaveis.

«Para o Sr. E. Ferri a questão principal é saber como serão compostas as commissões de revisão, *a*

quem serão confiados os exames periodicos que são a base do systema.

« E', sem duvida, um dos lados interessantes da innovação, e eu posso associar-me de bom grado ás suas palavras quando elle reclama a creação de funccionarios especiaes, de juizes criminaes dignos deste nome. Porém, eu vou mais longe, eu pergunto como funccionarão essas commissões, qualquer que seja o modo de sua composição? Poderão ellas attingir seu fim? Não seria preciso *ser mais do que homem*, para sondar a consciencia de um condemnado, que tem interesse em simular? Qual o criterio positivo para indicar a hora da liberdade? E' preciso não esquecer que a partida não é egual entre o condemnado e os que o examinam. O primeiro tem a liberdade a reconquistar, e empregará para este fim todos os meios, até mesmo, e muitas vezes, a má fé; os outros são levados sómente pelo interesse platonico que lhes inspira a solução de um problema de psychologia. Eu receio, confesso, que elles não cheguem a descobrir a verdade.

. . . .

« A unica classe de condemnados para a qual eu acceitaria sem prevenção o principio da indeterminação é a dos *pathologicos* e, sobretudo, a dos *alcoolicos*. Ahi, com effeito, trata-se de uma cura a operar, de uma molestia cujas phases a medicina póde seguir e constatar a cura. O criterio positivo que ha pouco buscavamos, sem encontral-o, por occasião de um exame puramente psychologico achamol-o agora indicado com sufficiente clareza.

« Por outro lado, é desarrasoado deixar ir um *doente* — não curado ainda — pela simples razão de que expirou o tempo fixado pelo juiz. »

O Sr. A. Rivière pronuncia-se assim :

« Eu desejo accrescentar algumas observações á resposta dada pelo Sr. Gautier ao Sr. E. Ferri, para mostrar as incertezas de qualquer classificação.

« O numero de categorias devia ser muito superior ao previsto pelo Sr. E. Ferri, porque seria necessario não somente dividir os que obraram por impeto e os alienados, os ruraes e os urbanos, mas ainda subdividil-os pelas edades, pelo sexo, pelos antecedentes, pelo estado legal (indiciados, accusados, condemnados). Ora, em algumas de nossas pequenas pri-

sões da França, da Italia, da Belgica, etc., a população dos detidos não excede de cinco individuos.

Taes divisões levariam á separação individual, isto é, á cella.

. . . .

« Quanto mais eu ouço, vossas doutrinas menos comprehendo vossa desconfiança contra a cella.

« Ha cinco dias que eu vos ouço, meu caro Sr. Ferri, proclamar e repetir que o meio social é o principal factor da criminalidade; e quando eu peço que se subtraia o condemnado á essa causa permanente de perversão — o contacto de seus companheiros de prisão — vós vos insurgis contra esse unico remedio, esse unico recurso.

« Quanto á commissão de revisão, eu rendo homenagem aos esforços por vós tentados para lhe dar toda a autoridade e sciencia necessarias.

« Mas, eu partilho absolutamente o sentimento do meu collega e amigo Gautier.

« Vós lhe forneceis elementos extremamente variados, é bem verdade, mas extremamente incompetentes. Nas pequenas prisões das quaes ha pouco fallei, será um simples chefe de guardiães, sub-official, moço muito honrado sem duvida, porém, sem educação primaria, sem instrucção séria, que terá de dar as informações uteis. O remedio seria a multiplicação do pessoal superior. Si houvesse muitos directores que revesando-se constantemente, fiscalizassem o pessoal inferior e a população das pequenas prisões, poderiam estudar os detidos, verificar e rectificar as apreciações dos guardiães, teriamos as garantias necessarias. Mas, estamos longe dessa reforma. Na França, como na Italia, a regra é a economia, e nesta materia mais do que em qualquer outra.

« Feitas estas restricções, declaro ter lido com o mais vivo interesse o bellissimo trabalho do Sr. Major Griffiths.

« Acho-o impregnado desse espirito pratico e essencialmente conservador da raça anglo-saxonia, que nunca innova temerariamente e que procura adaptar ás fórmas existentes os processos impostos pela sciencia.

« E' assim que, sem destruir o systema irlandez, applicado em seu paiz, o honrado auctor da communicação que discutimos contenta-se em completal-o com a addição de um quarto estagio.»

O Sr. C. Lombroso manifestou-se pelo seguinte modo:

« O acontecimento mais importante, talvez, deste Congresso, é a presença do Sr. Griffiths, o homem mais notavel pelas suas investigações sobre as prisões inglezas. Sua opposição ao regimen da cella e á prisão se me figura de valor decisivo na especie.

« O Sr. Rivière nos disse que ninguem sente-se mal na prisão.

« Isso é verdade relativamente ao criminoso-nato, que é analgesico, e nada soffre, mesmo no isolamento; porém, a respeito do criminoso de occasião, não acontece a mesma cousa.

« O Sr. Gautier fallou-nos da grave difficuldade da applicação da pena temporaria á maior parte dos criminosos, e da difficuldade de se achar juizes competentes em numero sufficiente. Mas, o proprio Sr. Beranger nos demonstrou que, pelo menos, um terço dos condemnados não entrariam nas prisões, si a reprimenda judiciaria, ou a multa fossem applicadas aos pequenos delictos, contravenções, etc.

« O criminoso verdadeiramente perigoso, o criminoso-nato, não representa mais de 35 °/o da totalidade dos criminosos, e, além disso, pode-se fazer uma grande escolha, e então ver-se-á que o numero dos condemnados a estudar, para se lhes applicar a pena temporaria, póde ser muito reduzido.

« O Sr. Gautier nos disse tambem que não é bom confiar no arrependimento do condemnado, e que elle não acceitaria essa pena senão para os casos pathologicos.

« Mas é justamente o caso do criminoso-nato, e, para julgal-o, é necessario estudar o campo visual, as anomalias do craneo, etc. Para isto é preciso não somente o accordo do capellão e do director, mas tambem o do juiz e o do medico alienista e especialista. Na Inglaterra elles existem, e na Belgica têm sido nomeados para todas as prisões, graças ao Sr. Le Jeune.

« O que o Sr. Van Hamel e Maus, nos tem referido sobre o funccionamento scientifico e burocratico de certas sociedades juridicas de Amsterdam e de Bruxellas, que ajudam aos juizes nos seus julgamentos relativos aos criminosos de menor edade, nos indica mais um meio de auxiliar aos juizes.»

O Sr. E. Ferri tomou ainda a palavra, para agradecer ao Congresso, em nome do Sr. Griffiths, o benevolo acolhimento dispensado á sua communicação, a qual levantou tão viva e tão fecunda discussão.

E, aproveitando a occasião, respondeu em poucas palavras ás objecções dos Srs. Rivière e Gautier, terminando com estas judiciosas observações:

« Quanto ao tratamento dos alienados, não ha necessidade dessa classificação em categorias infinitamente numerosas de que nos fallou o Sr. Rivière. Relativamente á escolha anthropologica e psychologica dos condemnados, póde-se conhecer sua personalidade pelas inquirições e pesquizas feitas, ou desde sua infancia, ou durante a instrucção e os debates do processo.

« Por ultimo, a objecção, que, em nome do presente, se quer oppor ás reformas do futuro, visando taes e taes detalhes, como o fez o Sr. Gautier, não teem razão de ser. Em primeiro logar, elle mesmo faz concessões a respeito dos menores criminosos, dos alcoolicos, etc.; depois, nós podemos ter a pretenção de fixar as possibilidades do futuro. Só o tempo se encarrega de fixar os detalhes, mas, desde já, nós podemos, não somente prever, porém, como dizia o Sr. Presidente Lachenal, annunciar os tempos novos pelos dados da evolução scientifica e social. »

APPENDICE

Séance de la Société Générale des Prisons, du 19 avril 1899

PRESIDENCE DE M. GEORGE PICOT

M. le President — Je prie M. le professeur van Hamel de prendre la parole pour son rapport sur *les sentences indeterminèes.*

M. G. A. VAN HAMEL, *professeur de droit criminel à l'Université d'Amsterdam*:

Mesdames, Messieurs.

Permettez-moi en commençant, de vous dire combien je me sens honoré par votre invitation d'ouvrir la discussion sur les sentences indéterminées. Mais bien plus encore je me félicite d'avoir ainsi l'occasion de vous entendre; de suivre, sur cette grave question, l'échange d'opinions qui va se faire entre savants aussi compétents, aussi désireux de réformer plusieurs de nos vieilles institutions pénales sous l'impulsion des tendances nouvelles.

Le problème est des plus vastes; on peut dire qu'il touche, au point de vue théorique, à toutes les questions fondamentales de la criminologie et du droit pénal.

Il est, en second lieu, extrêmement complexe, car, plus on l'étudie, plus on s'aperçoit qu'une solution absolument satisfaisante est presque introuvable; phénomène qui, dans le domaine des réformes sociales, se rencontre à chaque pas.

Que ceux donc qui aspirent à l'absolu n'abordent pas un question aussi délicate. Mais que, en combattant les sentences indéterminées et en écartant leur thèorie, ils ne se fassent pas d'illusion sur la valeur réelle du système des sentences préfixes qu'ils veulent maintenir.

Et, d'autre part, qui ceux qui éprouvent des sympathies pour le systéme des sentences indéterminées ne se laissent pas décourager par ce fait que leurs solutions présenteront toujours des côtés faibles ou incomplets.

J'entends, pour ménager votre temps, me dispenser d'un exposé complet de la matière, parce que, depuis que la question a été mise au programme de l'Union internationale de droit pénal, elle possède une littérature déjà volumineuse.

Je puis m'en dispenser, surtout à Paris, ou cet exposé a été fait, il y a á peine trois ans, dans l'admirable thèse de M. Frédéric Lévy, et dernièrement encore, dans un chapitre du beau volume sur *l'Individualisation de la peine*, de M. le professeur Saleilles.

Je me contenterai donc, pour atteindre plus rapidement le but que je me propose, de mettre en relief les divers points qui prêtent le plus à la discussion. Puis je me placerai à un point de vue spécial: je rechercherai par quels moyens pratiques il serait possible de faire pénétrer les sentences indéterminées dans nos législations actuelles.

1.º Les sentences indéterminées sont la consequence inévitable du système des peines privatives de la liberté. Lorsque l'incarcération des criminels fut devenue la peine principale, presque unique, du droit pénal moderne, le législateur fut fatalement destiné à être placé, un jour ou l'autre, en face de notre question. Lorsque la plupart des peines consistaient dans des peines corporelles suivies de bannissement, la mission répressive était promptement accomplie ; on n'avait plus à se soucier des condamnés ; ils n'existaient plus, ou on les perdait de vue ! Mais, depuis qu'on a peuplé les prisons, depuis qu'on est forcé d'avoir journellement devant les yeux ces hommes, déliquants dans le passé, citoyens dans l'avenir, depuis que, d'abord par la force des idées humanitaires, ensuite par la puissance des idées scientifiques sur l'étiologie des crimes, on s'est interessé à cette population, à son sort, à son avenir, à ce que aprés la libération, elle aurait à attendre de la societé libre et à ce que la societé aurait á attendre d'elle, il est devenu impossible d'acquiescer *a priori*, dans tous les cas, à une sentence préfixe. Et, par la force même de ces idées humanitaires et scientifiques, la peine indéterminée a dû être considérée sous deux aspects: comme peine de réforme et comme peine de sûreté.

Comme peine de réforme, elle à déjá trouvé, il y a un demi-siècle, des défenseurs, tant en Allemagne

qu'en France, parmi les fondateurs et les adhérents de la théorie de l'amendement, et elle a trouvé son application dans les *Reformatories* de l'Amérique. Comme peine de sûreté, elle a été défendue plus tard, spécialement dans les Congrès d'anthropologie criminelle et dans les Congrés de l'Union internationale, et elle est proposée dans le nouveau projet de Code pénal norvégien (*Revue*, 1898, ps. 611 et 1143).

2.° Est-ce que, dans un milieu comme celui-ci, Messieurs, il serait convenable d'instituer à nouveau de steriles débats sur les théories relatives à l'essence et au but de la pénalité ?

Je ne le pense pas. Tous nous avons suffisemment présentès à l'esprit les diverses fonctions sociales de la répression. Nous reconnaissons que ces fonctions s'imposent toutes à la fois, tant au point de vue réaliste qu'au point de vue idéaliste.

Déjá maintenant, tout juge dont l'esprit est ouvert à tous les devoirs de sa mission sociale dans ce système des peines préfixes, avec le dosage qu'il est obligé de faire dans les limites que la loi lui trace et en égard aux établissements dont il peut disposer, actione toutes ces fonctions, consciemment ou inconsciemment.

Il veut, en fixant la peine, donner au délinquant un avertissement sensible. Il entend trouver dans la mesure qu'il choisit, une expression du degré de réprobation qu'inspire à la société l'acte délictueux, par exemple, un meurtre. Il vise à la prévention générale, par exemple, lorsque la sécurité publique étant depuis longtemps mise en péril par des crimes d'un certain genre dont les auteurs n'ont pu être découverts, il prononcera, en vue d'avertir d'autres personnes, une peine pluis élevée qu'il ne le ferait autrement.

Il veut contribuer, dans toute la mesure du possible, à l'amendement du coupable, dans l'intérêt même de l'ordre social et il sait que, dans ce but, la peine ne pourra être trop courte.

Il veut enfin protéger la société contre les dangers dont la menace le délinquant professionnel, et, si un tel cas se présente, il fixe une mesure de quelque longueur.

Certes, il y a des tribunaux qui ne tiennent aucun compte de toutes ces considérations et qui dosent la

quantité de la peine d'après ce qui leur semble être la gravité théorique du fait, ou plutôt d'après ce que j'ai nommé un tarif de consommation criminelle, que leurs doctrines et leur experience leur ont fait dresser pour leurs besogne quotidienne de fournisseurs de pénalités.

Mais ll y en a d'autres, et leur nombre s'accroît chaque jour, qui raisonnent comme le juge que je vous ai décrit ou qui même, sans analyser aussi finement les motifs de leur decision, agissent comme lui; inconsciemment et comme par intuition.

Toute théorie de la pénalité moderne, c'est-à-dire de la peine privative de liberté, qui se fonde non sur des raisonnements abstraits, mais sur les fonctions réelles, essentielles de cette peine, posera comme principe du dosage judiciaire la fonction quintuple de la peine telle que je viens de la formuler. Et toutes les législations qui ont introduit dans leur codes ou leurs lois la condamnation conditionnelle, la libération conditionnelle et des mesuressévères contre les récidivistes ont, par cela même, rendu hommage à la justesse de ce principe.

Or, il est certain que la peine préfixe, la peine déterminée n'est pas propre á remplir, d'une manière satisfaisante, toutes ces fonctions. Même en admettant que le juge soit très complètement renseigné sur tout ce qui regard, non seulement l'acte commis, mais encore la personnalité du délinquant—ce qui bien souvent est très douteux—il ne peut juger que du passé. Tout ce qui se passera dans l'avenir lui échappe. La peine préfixe défend d'abréger la peine, lorsque, avant son expiration, l'amendement est devenu un fait et que le reclassement du condamné serait possible ; elle défend de la prolonger lorsque, au moment où elle expire, le criminel constitue encore un danger pour la securité publique.

La peine indéterminée, au contraire, est, par sa nature même, absolument propre à remplir ces deux dernières fonctions.

Et, puisqu'elle n'estrecommandéeque comme peine de reforme et comme peine de sécurité, ces deux fonctions devront prévaloir vis-à-vis de delinquants qu'il faudra avoir en vue sous ces deux aspects, les délinquants d'habitude et ceux qui courent risque de le devenir.

Mais est-elle propre à remplir en même temps les trois autres fonctions précitées ?

Personne ne pourra nier qu'elle contienne un avertissement, sensible pour celui qu'elle frappe. Elle avertit toute la catégorie des délinquants à laquelle elle est destinée explicitement non seulement par rapport au dernier acte, mais aussi, ce qui a une grande valeur, par rapport à leur caractère dangereux.

A cette fonction correspond l'autre, qui vise à la prévention générale, l'avertissement qu'elle adresse au public.

Pour la troisième fonction, l'expression du degré de réprobation que l'acte excite dans la conscience publique et dont je suis le dernier à nier l'importance, on a douté de la valeur des peines indéterminées. C'est à tort; mais à une condition, que les partisans des peines indéterminées pourront, à mon avis, accepter sans hésiter; il faudra que le juge prononce une peine minimale. Il ne doit guère être possible que le condamné soit déclaré amendé et libéré à peine quelques jours après son incarcération; j'entends absolument exclure la possibilité d'une telle comédie judiciaire. Il serait irrationnel que celui contre lequel le juge prononce une peine indéterminée, même comme peine de réforme, fût exempt d'une peine qui pèserait sur un délinquant condamné à une peine préfixe. Aussi la fonction de la peine comme avertissement sensible exige-t-elle la même condition. Et je pose comme un des principes de l'organisation des sentences indéterminées que ces sentences devront être, dans tous les cas, des sentences *relativement* indéterminées, en ce sens que le juge prononcera une peine *minimale*.

Dans le système d'Elmira, la loi elle-même indique un minimum général et absolu d'une année.

Dans le système du projet de code pénal norvégien, c'est le tribunal qui commence par infliger une peine d'une durée minimale fixe; les mesures qui sont prises comme conséquence du caractère indéterminé de la peine s'appliquent lorsque cette première partie de la peine a atteint son terme.

3.° Si conformément à mon opinion, la peine indéterminée est en harmonie avec le caractère essentiel de la peine, l'est-elle aussi avec les grands principes

du droit public moderne relatifs aux garanties qui exige la liberté individuelle?

Ici, je touche à la grande objection des adversaires du système. J'ai très exactement présentes à la mémoire les éloquentes protestations qui, au nom de ces principes, ont été lancées contre nous ici même, à Paris, en 1893. Et, dernièrement encore, mon ami Prins, dans son bel ouvrage sur *la Science pénale et le Droit positif,* a répété l'objection. Il la résume quand il écrit: « L'indétermination de la peine n'est pas en harmonie avec l'ensemble des principes de notre droit public, qui cherche en matière repressive à sauvegarder la liberté individuelle contre l'arbitraire et qui ne voit dans l'indétermination de la condamnation à une peine qu'une survivance des anciennes lettres de cachet et une extension illimittée des pouvoirs de l'Administration. »

Je sens toute la valeur de l'objection.

Elle a une valeur théorique q'il est inutile de développer.

Elle a une valeur pratique: car l'autorité qui devra statuer sur la libération définitive, en pesant les conditions sous lesquelles elle pourra être accordée, peut certainement se tromper.

Enfin, elle a une valeur toute spéciale au point de vue des condamnés. Quelle est, pour un prisonnier, la première et la dernière de ses préoccupations? C'est de compter les années, les mois, les jours qui devront s'écouler avant l'heure où il recouvrera sa liberté. Entrez dans sa cellule; causez avec lui; voyez-le attristé ou indifférent et vous vous sentez instinctivement porté à lui demander quand il sera mis en liberté. C'est la grande pensée qui le soutient. Otez-lui cette certitude et vous aggravez terriblement sa peine.

Que vais-je répondre à ces trois objections?

Que certainement je ne recommande les sentences indéterminées que pour les cas où la nécessité y contraint; et que j'applaudirai à toutes les garanties qui pourront être admises sans compromettre le système.

Commençons par observer que, en ce qui concerne le prisonnier, l'idée seule de pouvoir abréger la détention par l'amendement et l'aptitude au reclassement offre un élément de vitalité qui manque absolument aux sentences préfixes. Que répondez-vous aujourd'hui

au détenu indifférent qui vous répète que son amendement l'intèresse fort peu, que tel et tel jour il sera libre et qu'alors il sera plus prudent pour ne pas se faire «pincer» si vite? La nécessité même de mériter sa libération par un travail réformateur interne est le fondement moral et fécond de la sentence indéterminée.

Puis si les objections précitées vous embarrassent trop, abolissez aussi les peines perpétuelles; abolissez même les peines de très longue durée, lorsque le détenu ne compte pas le temps de son séjour parce que les chiffres l'effraient.

D'autre part, je ne comprens pas du tout qu'il y ait parmi les adversaires de la peine indéterminée des auteurs qui défendent l'indétermination vis-à-vis, — je ne parle pas des aliénés reconnus comme absolument malades, — mais vis-à-vis des « défectueux ou imparfaitement responsables » et vis-à-vis des mendiants et vagabonds. Cependant j'ai lu dans le livre précité de mon ami Prins lui-même un raisonnement en faveur de l'internement indéterminé de ces personnes, dans des maisons de préservation ou de travail!

Les défectueux cependant dans cette terminologie, ne sont pas des aliénés avérés. Ce sont des individus comme il y en a quantité parmi les délinquants ordinaires, spécialement parmi les récidivistes. Dans la grande majorité des cas, ce sont des dégénérés que les tribunaux envoient dans les prisons ordinaires parce que leur situation psychique ne révèle pas l'aliénation. Peut-être que, si le délinquant avait rencontré sur son chemin un médecin, il aurait été considéré comme un malade; mais, comme il a rencontré un juge, c'est la prison qui l'a reçu. Si les principes de droit public ne vous empêchent pas de recommander pour ceux-là un internement indétérminé, por quoi vous empêcheraient-ils d'accepter l'institution des peines indéterminées, comme peines de réforme et comme peine de sureté.

Et à plus forte raison je vous trouve inconséquents, lorsque, en repoussant les sentences indéterminées pour les recidivistes dangereux, vous défendez l'internement indéterminé pour les vagabonds et mendiants. Ne nous laissons pas séparer par des mots!

Permettez-moi de vous citer encore un passage du livre de M. Prins : « La constitution de l'état de mendicité et de vagabondage entraine la mise à la disposition

du Gouvernement et un internement dont il est parfois difficile de déterminer à l'avance la durée. La mise à la disposition du Gouvernement est alors une mesure de protection; il est difficile de dire quand elle doit cesser. Mais il est indispensable que les professionnels de cette catégorie soient recueillis pendant un temps assez long. »

Mais est-ce que nous ne défendons pas également les peines indéterminées contre les professionnels dangereux comme une mesure de protection? Je ne vois pas la difference, lorsqu'on admet ce que j'ai observé plus haut, que la peine par son essence même embrasse aussi la protection dans l'ensemble de ses fonctions sociales.

Cependant, entendons-nous bien.

J'ai parlé de garanties nécessaires et je n'hésite pas, à cet égard, à admettre que la peine indéterminée ne soit que *relativement* indéterminée, en ce sens qu'on lui fixera aussi un terme *maximal*.

C'est le système admis déjà, pour l'éducation correctionnelle, dans plusieurs pays, entre autres en Allemagne, dans un projet hongrois dont nous a parlé hier M. le conseiller Baumgarten, et dans un projet qui, dans mon pays, est soumis aux Chambres. Le terme maximal y est un terme géneral : celui de la majorité civile.

C'este le système qui, pour la peine de reformé, est admis dans les législations américaines relatives à l'internement dans les *Reformatories*. Le terme maximal y est la durée maximale de la peine légale édictée contre l'espèce de crime à laquelle appartient l'infraction commise.

C'est le même système qui, pour la peine de sureté édictée contre les recidivistes dangereux, est admis dans le projet norvégien. Le terme maximal y depend de la durée de la peine principale, c'est-à-dire qu'il sera permis d'ajouter à celle-ci une durée triple, avec un maximum général de quinze ans ; et cette peine accessoire consiste en un internement dans une maison de travail.

Je considère, je l'ai déjà dit ailleurs, que l'admission d'un terme maximal géneral ou spécial est une inconséquence dans le système des sentences indéterminées. Je sais que M. Brockway, pour son *Reformatory*, voudrait que la loi fut changée et que le terme maxima

fut aboli. Il croit qu'amenderait un plus grand nombre encore de délinquants, si ce terme fatal ne l'en empêchait.

Peut-être.

Mais il faut parfois sacrifier les déductions logiques d'un principe pour l'amour d'un autre principe. Il faudra donc, pour ne pas courir le danger de détenir, par suite de quelque erreur, un homme au delà des limites de la nécessité, courir plutôt le risque de le libérer alors qu'on ferait mieux de le garder encore.

Chez von Liszt, de même, je lis : « *Etwa innerhalb eines Höchst-und Mindéstmasses* », c'est-à-dire : « si l'on veut, entre un terme maximal et un terme minimal ».

Soyons donc pratiques et admettons les sentences relativement indeterminées: un minimum judiciaire et un maximum légal.

On pourra différer d'opinion sur la question de savoir si ce terme maximal devra avoir quelque report avec la peine minimale prononcée par le juge, comme dans le projet norvegien, ou bien avec le genre de délit comme en Amérique, ou si un seul terme général ne devra pas suffire. C'est un détail, qui laisse intacte l'application du principe.

Pour moi, un terme légal général me paraitrait devantagé en harmonie avec le systéme, qui exige que l'internement, tant comme peine de réforme que comme peine de sécurité, soit indéterminé et qu'on n'admettre un terme final que dans le but d'avoir une soupape de sureté pour les erreurs qui pourraient résulter des imperfections inévitables du systéme.

4.º Mais, me demandera-t-on, quelle est allors la difference entre le systéme que vous défendez et celui des peines prefixes avec libération conditionnelle ?

Il y a de grandes differences, théoriques et pratiques.

Comme expression théorique des fontions sociales de la peine, une longue peine préfixe, qui pourra être diminuée par libération conditionelle, est bien moins claire qu'une peine indéterminée et avec un maximum général. Celle-ci sert mieux de guide à l'opinion et à la conscience publique. Elle fait mieux ressortir la valeur que la société elle-même attache à l'amendement et au reclassement et la nécessité de protéger la paix publique.

Elle fait mieux sentir la nécessité d'un examen ultérieur avant que l'autorité puisse décider de la durée de l'internement.

Ensuite, la peine indéterminée délivre le juge qui condamne d'une tache qu'il lui est presque impossible de remplir. Elle libère sa conscience d'une responsabilité dont il est irrationnel de le charger. Elle fait reposer cette responsabilité sur qui de droit, sur l'autorité qui, ultérieurement, devra fixer la durée de l'internement.

Or, cet état de choses exercera son influence sur la fixation de la durée de la peine et sur l'application de la libération conditionnelle. La difficulté de déterminer la durée d'une peine apparait surtout lorsqu'il s'agit de longues peines et le juge aisement court le danger de choisir une durée trop courte ou trop longue, tandis que, d'autre part, l'autorité qui devra appliquer la libération conditionnelle est trop facilement portée á considérer cette mesure comme une mesure exceptionnelle et à s'abstenir de l'accorder en se disant qu'après tout le juge a estimé nécessaire la longue periode qu'il a prononcée.

Dans le système des sentences indéterminées, au contraire, la libération conditionnelle fait essentielement partie du système et ne porte pas ce caractère exceptionnel. Le système exige des délibérations ultérieures, périodiques même, après l'expiration de la première période de la détention.

Aussi la révocation de la liberation conditionnelle. dans le système des sentences préfixes, rend-elle obligatoire de plein droit l'internement jusqu'à l'expiration de la peine — plusieurs législations ne permettent l'application de la libération conditionnelle qu'une seule fois ; — tandis que, dans le système des sentences indéterminées, la révocation ne diminue en rien la nécessité des délibérations ultérieurs.

Enfin, n'oublions pas ceci. Dans le système des peines préfixes, la libération avant l'expiration de la peine ne pourra jamais avoir qu'un caractère provisoire ; dans le système des peines indéterminées, la libération provisoire peut être commune en libération définitive avant l'expiration du maximum général.

En comparant la valeur de la libération conditionnelle dans les deux systèmes, je serais même porté à dire que l'admission de la libération conditionnelle dans le système des peines préfixes a été un

pas vers le système des sentences indéterminées et que les partisans de cette institution devraient, par cela même, arriver à reconnaître que la sentence indéterminée en est le couronnement, que, pour bien remplir sa fonction, elle devra être rattachée à la sentence indéterminée.

5.º Pour quelles catégories de délinquants faudrat-il recommander le système.

Vous savez qu'ici on distingue la peine indéterminée sous deux aspects: comme peine de réforme et comme peine de sureté, comme moyen de viser avant tout à l'amendement et comme moyen de viser avant tout à la protection de l'ordre public, le système américain et le système norvégien.

Comme peine de réforme la sentence indéterminée se recommande donc vis-à-vis des délinquants primaires contre lesquels une simple peine d'avertissement est insuffisante et vis-à-vis des délinquants d'habitude — légalement récidivistes ou non — que n'ont pas commis d'infractions très graves, par exemple des vols sans violence ou sans effraction, des escroqueries, des abus de confiance, des faux.

La sentence indeterminée comme peine de réforme a une grande analogie avec l'éducation correctionnelle. Elle porte essentiellement le caractère éducatif et, comme à Elmira, elle sera appliquée aux jeunes. Pour faire le triage des délinquants auxquels cette peine convient, il faudra s'en tenir au but spécial: la préservation de ceux qui courent le danger de devenir des délinquants d'habitude, peut être des professionnels. On pourra donc limiter la mesure aux délits qui jouissent des préférences des professionnels, principalement le vol et les autres attentats contre la propriété. On pourra la limiter aux deux catégories que j'ai déjà indiquées: les délinquants primaires, pour lesquels une simple peine d'avertissement serait insuffisante, et les délinquants d'habitude qui nont pas commis de délits trop graves. Puis il faudra bien qu'ils soient encore jeunes, qu'ils aient l'âge auquel les penchants criminels peuvent encore être combattus, comme dans l'État de New-York, par exemple, oú la loi exige qu'ils aient plus de seize et moins de treinte ans.

Mais ce qui constitue un élément essentiel, c'est l'organisation de la peine comme peine réforma-

trice: la détention dans un *Reformatory*, du moins une organisation de la détention dans laquelle l'individualisation de la peine puisse atteindre la perfection.

Il s'ensuit que la question, à ce point de vue, se complique de celle de l'organisation d'un *Reformatory*. Et, comme c'est là une question à part, vous me permettez de ne pas la développer *in transitu*. Sa solution dépendra en grande partie de ce qui, dans chaque pays pourra être atteint. Et dans chaque pays les conditions diffèrent.

Comme peine de sûreté la sentence indéterminée a pour principal but la protection de la société contre les individus dangereux. Parmi ceux-ci il y en aura qui pourront se corriger et reclasser et à qui la libération définitive pourra être accordée après quelque temps. Mais il y en aura aussi qui paraitront anormaux, criminels nés ou, pour une cause quelconque, incorrigibles.

Pour eux, c'est justement par la sentence indéterminée et par les délibérations périodiques que le triage se fera entre les corrigibles et les incorrigibles, entre ceux pour qui le reclassement sera possible ou ceux pour qui il restera un rêve.

Mais, pour déterminer ce caractère de « dangereux », il importe de préciser les conditions légales qui permettront de leur appliquer la mesure. A cet égard, une indication très acceptable est donnée dans le projet norvégien. Ce projet applique la mesure à ceux qui ont commis ou tenté de commettre plusieurs crimes de haute importance, comme les incendiaires, les dynamitards, les brigands, les coupables d'attentats graves contre les mœurs, les voleurs qualifiés, les meurtriers et assassins et d'autres encore.

Le projet exige, en outre, que non seulement les actes, mais aussi les motifs ou les penchants qu'ils révèlent montrent un caractère particulièrement dangereux pour la société ou pour la vie, la santé ou le bien-être des individus.

En général, je me raillie à ces indications. Seulement je ne voudrais pas, tous les cas, exiger une pluralité de crimes. Un assassin, par exemple, ou un dynamitard devrait pouvoir être condamné à une peine indéterminée, dès son premier crime, lorsque ce crime ferait naitre la crainte d'une récidive.

Pour cette catégorie, la peine pourrait être au début, la peine ordinaire, organisée aussi d'après un système d'individualisation; puis, lorsque l'incorrigibilité se serait manifestée, l'internement, suivant le projet norvégien, dans une maison de travail ou une prison aménagée pour de grands travaux.

6.º Il me reste un dernier point à traiter: la procédure et l'autorité qui statuera sur les libérations conditionnelles et définitives.

L'organisation de la procédure ne présentera pas de difficultés, en principe.

Le juge qui condamne fixe la peine minimale et déclare en même temps, d'après les indications de la loi, s'il y a lieu de faire suivre cette peine de la détention indéterminée, qui n'est limitée que par le maximum légal et géneral.

Après l'expiration de la peine minimale viennent les délibérations périodiques et les décisions sur la liberté provisoire ou definitive.

Ce qui, pour ces décisions, devra être pris en considération, ce n'est pas seulement la conduite en prison. Beaucoup d'objections contre le système, à ce point de vue, reposent sur un malentendu. On a allégué, avec raison, que les pires criminels sont les meilleurs détenus. Mais aussi les partisans de la sentence indéterminée ne sont pas dupes de cette vérité. Cependant la discipline et le travail ont une valeur que personne ne surestimera.

L'amendement intrinsèque du caractère est un élément essentiel, mais que ne pourra se présumer que par une observation concienceuse. A cette égard on a émis l'objection que le système serait le triomphe de l'hypocrisie. Mais c'est fort exagéré. Certainement, dans ce bas monde, l'hypocrisie partout fait des dupes. Mais l'expérience et l'observation sont, bien souvent, des armes contre elle. Pour quoi l'Administration pénitentiaire en serait-elle dé pourvue?

Le fait principal, c'est le reclassement. La possibilité de la libération devra donc surtout se mesurec d'après la probabilité de ce reclassement. A ce but, c'esr le condamné lui-même, ce sont ces relations, ce sont les Comités de patronage qui devront coopérer avet l'Administration. C'est la liberation conditionnelle qui devra fournir le contrôle.

D'après le projet de loi norvégien sur l'application des peines, la libération deviendra definitive, de plein droit, si, depuis la liberation conditionnelle, cinq ans se sont écoulés sans rechute ou autre violation des conditions imposées.

Une telle garantie légale me parait très recommandable. Puis, corrélativement á ces principes la loi devrait décider, en principe, que toute libération définitive sera précédée par une liberation conditionnelle.

Lorsqu'on admet une telle disposition la question relative à l'autorité chargée de statuer sur la durée de la détention se simplifie singulièrement. Cette autorité sera appelée à fixer le moment d'une liberation conditionelle. Or déjà maintenant, dans toutes les législations qui connaissent l'institution de la libération conditionnelle, une telle autorité est constituée. Chez nous et en Belgique, c'est le Ministre de la Justice ; en France, c'est le Ministre de l'Intérieur ; en Allemagne, c'est la « *Oberste Justiz Aufsichsbehördes* ». Cette autorité prononce la libération conditionnelle sur la proposition ou le rapport de l'Administration pénitentiaire.

Je ne crois qu'il faudra maintenir le principe que ces ordonances émaneront d'une autorité responsable. Mais, pour les propositions et les rapports, il serait préférable de remplacer l'Administration penitentiaire par des Commissions fixes et mixtes, analogues aux *Vollzugsämter* de von Liszt. Ce seraient des Commissions établies dans les lieux où se trouvent les établissements affectés aux condamnés que nous avons en vue. Je voudrais y voir siéger le délégué de l'Administration penitentiaire, le médecin de la prison, les représentants de la magistrature, du barreau et des Comités de patronage.

Quant aux ordonnances de révocation, elles émaneraient de la même autorité. En cas de rechute criminelle, on avrait naturellement la sentence du juge condamnant pour le fait de rechute et la procédure ordinaire. Dans les autres cas de mauvaise conduite ou de violation des conditions, l'autorité qui statue serait informée par les rapports des autorités de Police, et elle devrait aussi être obligée de demander l'avis de la Commission sur le rapport de laquelle la libération a été accordée.

Les membres des Commissions visiteraeint les détenus et devraient les faire comparaitre à leurs séances.

Les délibérations sur chaque détenu devraient avoir lieu périodiquement. Pour assurer la régularité des séances, il ne faut pas demander aux membres des Commissions leurs services absolument gratuitement ; il faudrait leur accorder des jetons de présence.

Jadis, j'ai préconisé l'idée de confier la liberation définitive à une autorité judiciaire, à une juridiction quelconque de droit commun, à la suite d'une procédure ordinaire. Mais je reconnais que ce système présente de grandes difficultés pratiques et que, par exemple, comme l'a observé M. Frédéric Lévy dans sa thése, un refus opposé par le juge, en séance publique, après un rapport favorable de la Commission pénitentiaire, serait bien propre à faire évanouir tout espoir d'amendement.

Aussi, comme dans le système tel que je l'ai développé aujourd'hui, il y a pour la liberté individuelle d'autres garanties, j'estime qu'on peut renoncer à une solution de ce genre.

Je me résume. Je recommande la peine indéterminée: comme peine de réforme, pour le délinquant occasionnel, pour qui une simple peine d'avertissément ne suffit pas, et pour le délinquant d'habitude, ayant commis des délits moins graves,—comme peine de sûreté pour le délinquant dangereux, surtout le délinquant d'habitude qui a commis des actes graves.

Je recommande la peine indéterminée comme peine *relativement* indéterminée, c'est-à-dire limitée par une peine minimale judiciaire et une peine maximale légale et générale.

Ce système implique des enquêtes périodiques sur la situation morale et la possibilité de reclassement social du détenu.

Ces enquêtes et délibérations devront être confiées à des Commissions mixtes qui feront leurs rapports à l'autorité chargée de statuer sur la libération conditionnelle et sur sa révocation.

Chaque libération devra commencer par être conditionnelle. Sa révocation n'empêchera pas une liberation conditionnelle postérieure. Si, après la libération conditionnelle, un certain laps de temps, à fixer dans

la loi, s'est écoulé sans révocation, elle deviendra définitive de droit.

Une seule observation encore, et je termine.

La peine prefixe, en principe, peut-être indifférente à l'étude des causes de la criminalité.

La peine indéterminée, necessairement, favorisera l'étude des causes de la criminalité, anthropologiques et sociales.

Elle forme un lieu de haute valeur entre l'administration de la justice, qui est du domaine du droit pénal, et l'étude des causes des crimes, qui est du domaine de la science. *(Applaudissements prolongés.)*

M. le professeur PRINS, *inspecteur général des prisons belges.*—Vous venez d'entendre un exposé magistral du problème de la sentence indéterminée.— Mon ami M. van Hamel a examiné la question sous toutes ses faces et, si je prends la parole après lui, c'est pour répondre au reproche, qu'il m'a fait, de me contredire dans la recherche d'une solution.—Ce qu'il prend pour une inconséquence, c'est simplement un pas vers la sentence indéterminée et, comme lui, de son côté, a fait un pas vers la sentence déterminée, nous justifions l'un et l'autre l'adage français: « L'homme absurde est celui qui ne change jamais » et nous sommes bien près de trouver un terrain de conciliation.

Ce qui fait, d'ailleurs, la difficulté de la question c'est qu'à coté du point de vue du droit public, il y a le point de vue de la défense sociale, et que, si le premier est d'une simplicité élémentaire, le second est excessivement complexe.

La question en droit public est celle-ci: quand il y a délit, il faut une peine et, quand le juge applique une peine, cette peine doit être déterminée. Tel est le principe moderne; il a garanti le citoyen contre l'arbitraire et le caprice du Pouvoir. Si le 14 juillet 1789 la foule s'est ruée contre la Bastille et a mis à mort de Launay, ce n'est pas, les études de M. Funck-Brentano le montrent, que le régime de la prison fût cruel—on y était au contraire fort bien,—mais c'est parce que la Bastille symbolisait l'arbitraire, les lettres de cachet, c'est-à-dire la forme ancienne de la sentence indéterminée.

Je ne suis pas de ceux qui pensent qu'un système est mauvais par cela seul qu'il est ancien; mais je crois la sentence indéterminée mauvaise, parce qu'elle est

une atteinte dangereuse et que est inutile au principe de la liberté individuelle.

Je ne parle pas des enfants; nous sommes tous d'accord pour dire qu'aux enfants il faut un régime éducatif, que ce régime éducatif doit se prolonger le plus longtemps possible et que l'âge de la majorité pénale doit être reculé le plus possible.

Mais je parle des adultes. Pour eux, la sentence indéterminée est dangereuse, puisqu'il s'agit de l'appréciation d'un état psychologique interne qui échappe à l'observation et prête toujours à l'incertitude et puisque cette constatation délicate doit être faite par des agents subalternes, n'offrant pas toujours les qualités nécessaires. En outre, quand nous nous trouvons en présence des récidivistes, les dangers de la sentence indéterminée ne sont pas compensés par son utilité, puisque les récidivistes sont toujours inquiétants, que le doute, en ce qui concerne leur amendement, est réduit au minimum et que le remède qui paraît le plus simple à leur égard, c'est de les condamner à de longues peines en adoptant comme seul correctif la libération conditionnelle. Et je répète qu'entre ce système et celui de M. van Hamel, qui préconise la sentence relativement indéterminée avec un minimum judiciaire et un maximum legal, il n'y a qu'une nuance et dès lors il vaut mieux s'arréter à la première solution, qui assure plus efficacement le respect des droits individuels, car il est clair qu'il y a moins de risques à abreger arbitrairement une peine déterminée, qu'à la prolonger arbitrairement.

Voilá, Messieurs, le problème envisagé en droit public. Mais je reconnais qu'il y a autre chose à considérer et, si nous nous plaçons sur le terrain de la défense sociale, nous voyons apparaitre les préoccupations qui ont entrainé les convictions des partisans de la sentence indéterminée. Evidemment, faire sortir de prison, à date fixe, certains délinquants d'habitude c'est jeter dans la société des ferments de désordre. Cela est si vrai que déjà aujourd'hui toutes les législations s'en alarment et prennent des mesures de défense. Pour quoi donc, en effet, avez-vous en France l'interdiction de séjour et la relégation aux colonies? Pour quoi le Code hollandais et le projet de Code fédéral suisse connaissent-ils l'internement supplémentaire de certains libérés dans

des maisons de travail? Pour quoi la législation belge et celles de bien d'autres pays possédent-elles la surveillance spéciale de la police, sinon comme expédient destiné à remédier aux défauts de la peine determinée?

Et, d'un autre côté, pour quoi nous efforçons-nous de procurer un pécule au condamné qui sort de prison, pour quoi organisons-nous le patronage des condamnés libérés, si ce n'est parce que nous comprenons qu'à la sortie de prison il y a un écuel et des risques de rechûte et que nous voulons prémunir la société et le détenu contre ces risques?

Il y a donc ici deux principes en conflit: d'une part, la peine déterminée est une garantie contre l'arbitraire; d'autre part, la peine indéterminée est parfois une garantie de sécurité sociale.

Faut-il en conclure qu'un détenu ne sortira de prison que quand il n'offrira plus de danger? Ce serait, sauf pour une petite minorité de délinquants passionnels, la généralisation des peines perpétuelles, car il est bien rare qu'on ait la certitude de l'amendement d'un coupable.

Mais je pense que l'étude de ces graves difficultés nous conduit, dans ce domaine, à une transformation du droit répressif en droit de préservation sociale et à une distinction à faire les délinquants normaux, qui appartiennent au droit répressif et qu'il faut condamner à une peine déterminée, et certains délinquants anormaux, qui appartiennent à un régime mixte ou de préservation et qu'il ne faut pas condamner à une peine proprement dite.

Vous savez qu'une des conquêtes essentielles de la science actuelle, c'est de nous avoir montré qu'entre le délinquant normal, c'est-à-dire, le coupable doué d'une activité psychique relativement régulière et que l'on punit, et le fou irresponsable, que l'on colloque dans des asiles d'aliénés, il y a une zone intermédiaire de délinquants, qui ne sont ni normaux, ni aliénés, mais défectueux. De l'homme sain d'esprit à l'aliéné, il y a des étapes infinies, des gradations insensibles et les limites qui séparent la santé de la maladie sont, au moral, comme au physique, bien indistinctes.

L'homme absolument parfait est en effet, au point de vue mental comme au point de vue physique, un

idéal que nous ne rencontrons, pour ainsi dire, jamais. La zone intermédiaire des anormaux s'étend donc trés loin, des deux côtés. Mais, au milieu de cette zone, au centre de cette nébuleuse, il y a un noyau bien distinct, un groupe indisputable de malades dégénérés ou neurasthéniques, de delinquants atteints de tares congnéitales ou acquises évidentes. Ces sont les anormaux dangereux ou imparfaitement responsables. On ne peut les condamner à de longues peines parce qu'ils sont anormaux; on ne peut les condamner à de courtes peines parce qu'ils sont dangereux. Le principe même de la peine ne s'adapte pas à ces défectueux et c'est ici qu'à la conception du délit et de la peine doit succéder une conception nouvelle.

Ce qui doit prédominer dans les préoccupations des législateurs c'est non l'idée de l'infraction, mais l'idée de l'état anormal de l'auteur de l'infraction. Celui-ci réunit en lui des élements mixtes; il est dans une situation intermédiaire entre le délinquant normal et responsable et l'aliéné irresponsable; il faut, pour répondre à cette situation, une mesure intermédiare entre la condamnation à la prison, et le placement dans les asiles d'aliénés. Cette mesure prendra le nom de mesure de préservation sociale; elle séra exécutée dans des établissements spéciaux de préservation, et la forme juridique de ce procédé de défense sociale sera la *mise à la disposition du Gouvernement*, déjà usitée dans certains pays pour les enfants, les mendicants et les vagabonds.

En résumé, toutes les fois que la physiologie, la psychiatrie rencontreront le résidu des classes dangereuses et constateront la défectuosité dont je parle, on substituera à la différenciation quantitative du taux de la peine, la différenciation qualitative du procédé de défense sociale. La peine restera toujours une peine dont la durée sera déterminée d'avance par le juge. La mise à la disposition du Gouvernement ne pourra être, au contraire, toujours prononcée pour une durée déterminée, car il est parfois impossible de deviner à quelle date il sera opportun d'y mettre un terme.

Il est bien entendu qu'il faut prendre, pour éviter les abus à redouter, toutes les précautions qu'exige le souci de la liberté individuelle. Des

commissions de spécialistes auront à se prononcer, à des périodes régulières, sur l'état des anormaux. Je me rallie, d'ailleurs, à toutes les propositions que l'on ferait pour restreindre les dangers de l'indétermination de détention. — Le seul point sur lequel je désire en ce moment attirer l'attention de l'Assemblée, c'est que l'antagonisme entre les deux théories, celle de la peine à durée fixe et celle de la sentence à durée indéterminée, s'efface devant la théorie qui transforme, quand il s'agit de certains délinquants anormaux, la peine en mesure de préservation sociale.

Pour moi, l'essentiel, ce n'est pas tant la durée plus ou moins longue du régime que le régime lui-même, qui doit se différencier de la peine proprement dite. *(Applaudissements.)*

M. le Dr. VON LISZT, *professeur à l'Université de Berlim.* — Il y a déjà une dizaine d'années que j'ai sur la question des sentences indéterminées une opinion très arrêtée, et que tout ce qu'on a pu dire contre elles n'a pu ébranler. Cette opinion vous a été développée par mon ami van Hamel d'une manière si magistrale que je n'ai rien à reprendre à ce qu'il vous a dit.

Il y a eu, entre M. van Hamel et moi, une petite différence technique: M. van Hamel préférait le système de revision du premier jugement par le juge qui l'avait prononcé; moi, je proposais une Commission spéciale; mois j'ai eu tout à l'heure le très vif plaisir de constater que cette divergence entre nous n'existait plus.

Je suis convaincu, maintenant, que notre idée des sentences indéterminées va faire son chemin dans le monde; la preuve la plus manifeste que cette idée est en marche, c'est le beau discours que notre ami Prins vient de prononcer devant nous.

Nous ne sommes pas d'accord sur la terminologie; mais ce qu'il veut, c'est, au fond, ce que nous voulons. M. Prins parle d'une mesure de prévention, de préservation, qui ne serait plus une peine, au vrai sens du mot. Je ne veux pas discuter sur cette question de mots; il me suffit parfaitement que, dans la plupart des cas pour lesquels nous demandons les sentences indéterminée, M. Prins nous donne une mesure de prévention indéterminée.

Si donc, bien que nous fussions partis de principes diamétralement opposés, l'accord, après de longues discussions, a pu se faire entre les trois fondateurs de l'Union internationale de droit pénal, il m'est permis d'espérer qu'il pourra se faire dans un cercle un peu plus étendu. Si on ne poursuit pas les conséquences extrêmes auxquelles pourrait conduire la logique des principes, si on ne regarde que les nécessités pratiques, on pourra arriver à un projet de loi qui pourra être signé par les adhérents d'opinions tout à fait différentes. *(Applaudissements.)*

M. le conseiller J. BAUMGARTEN. — Ma conviction est — et je ne crois pas rencontrer à ce sujet une opinion contraire — que c'est un des principes fondamentaux de la politique législative, de n'instituer aucune règle, qui par son application pourrait permettre de dépasser les intentions du législateur.

M. le professeur van Hamel parle du professionnel et de l'incorrigible. — Mais quelle autorité décidera de ce caractère du condamné?

A ce seul point de vue les sentences indéterminées sont déjà l'objet de graves appréhensions. Une des garanties les plus solides de la liberté individuelle consiste en la fixation de la durée de la peine exclusivement par pouvoir judiciaire en sa pleine et entière indépendance, et en l'exclusion absolue de l'arbitraire administratif. L'institution des sentences indéterminées est en contradiction avec ce principe élémentaire de l'E'tat moderne, et cela même si la prolongation de la peine est soumise à une nouvelle decision judiciaire à prendre après un certain délai.

Le juge est entièrement livré, au point de vue des éléments de sa conviction, aux autorités chargées d'exécuter la peine, et la durée de la détention dépendra uniquement, sinon en apparence, du moins en réalité, des organes administratifs.

Entre cette objection, de droit public, ont manquerait gravement aux exigences de la défense sociale, à la necessité de l'intimidation, en fixant d'après la conduite du detenu la durée minimale de la peine. M. van Hamel lui-même ne peut se libérer complètement de ces appréhensions, et ce qu'il préconise, ce n'est pas, à proprement parler, la sentence indéter-

minée, mais la peine fixée par le juge, avec un prolongement livré à la discrétion des organes administratifs, dont la decision sera toujours influencié par un élément trompeur.

L'observation de l'ndividu fournit sans doute des donées précieuses pour la qualification, mais tout cela seulement sous la condition qu'il n'ait pas connaissance de ces investigations et qu'il ne soit pas intéressé à leurs résultats. Ni l'une ni l'autre de ces conditions ne subsiste pendant la détention, et le psychologue le plus perspicace n'osera en tirer des conclusions sur la conduite que l'inculpé pourra tenir ensuite dans la vie libre.

Si M. Prins veut appliquer la nouvelle mesure exclusivement aux défectueux, aux névropathes, etc., il n'a pas indiqué en même temps la garantie contre les erreurs résultant, pour l'Administration, du champ trop restreint de son observation.

Néanmoins, s'il est un terrain sur lequel je consentirais à faire un essai des sentences indéterminées, c'est le terrain restreint sur lequel se place l'avant-projet de loi récement préparé par le Ministère de la Justice et modifiant certaines dispositions du Code pénal hongrois. Je veux parler des enfants traduits en justice pour des crimes ou délits commis entre douze et seize ans. Pour ceux-ci, le juge, en déclarant la culpabilité, peut ordonner l'internement du délinquant dans un établissement correctionel, où il pourra être détenu jusqu'à sa vingtième année, et sera mis en liberté sur la proposition du Comité de surveillance par l'ordre du Ministre de la Justice. (*Applaudissements.*)

Le Rév. Samuel J. Barrows, *député au Congrès fédéral.* — Au cours de cette grave discussion, — une des plus graves qui puisse s'offrir à l'attention des penologistes modernes, puisqu'elle entrainerait un changement radical dan nos lois et notre système pénal, — les experiences faites aux États-Unis ont été plus d'une fois invoquées par les partisans des sentences indeterminées.

Je crois donc intéressant de vous donner un court résumé des faits et des jugements portées sur cette question aux États-Unis. Plus tard je vous remettrai un détaillé, que, comme délégué des États-Unis à la Commission internationale pénitentiaire,

j'ai préparé, il y a six semaines et dans lequel, etudiant non seulement la sentence indeterminée, mais aussi la liberation conditionnelle, j'ai mis à profit les recherches d'un Comité de notre Association nationale des avocats (*American Bar Association*) de même que la collaboration de spécialistes distingués.

Et d'abord, qu'est-ce qu'une sentence indeterminée? Strictement parlant, une sentence indeterminée est une sentence tout à fait indefinie; c'est une sentence sans limite maxima ou minima, par laquelle une personne est soumise au régime pénal exactement comme un malade est envoyé à l'hôpital jusqu'à ce que sa guérison soit absolument complète. Ceci est la raison d'être et le but du mouvement propagé em faveur de la sentence indeterminée. En ce sens, toutefois, la sentence indeterminée n'existe pas aux États-Unis. Nos législateurs n'ont jamais voulu autoriser l'emprisonnement d'une personne sans fixer une limite maxima à sa détention. Sept États, New-York, Massachusetts, Pensylvanie, Minnesota, Illinois, Indiana et Ohio, ont adopté la sentence dite indéterminée; mais, dans touts ces États, limites maximum et minimum sont prescriptes, de sorte que la sentence est loin d'être absolument indefinie.

Le mouvement en faveur de cette institution date de 1867. M. Z. R. Brockway, ancien directeur de la maison correctionnelle de Détroit (Michigan), proposa et obtint pour son établissement une loi qui contenait le germe de la sentence indéterminée. En 1876, en devenant directeur du nouvel établissement de correction de Elmira (New-York), M. Brockway a amené la législature de cet État à organiser un pénitencier sur le principe de la sentence indeterminée:

1.° La loi autorise la Cour à prononcer des sentences condamnant à l'internement dans cette maison correctionnelle, mais ne lui permet pas de fixer la durée de l'emprisonnement. Le détenu peut être retenu pendant la durée maxima fixè par la loi pour le crime ou délit particulier qu'il a commis;

2.° La loi autorise le Conseil d'administration de cet établissement à libérer conditionnellement un détenu;

3.° A lui accorder finalement la liberté absolue.

Grâce à cette loi, grâce aussi à une organisation et à une administration qui mettent partout en relief l'influence et l'autorité de sa puissante personnalité, M. Brockway a vu son entreprise couronée de succès.

Dans le rapport que je cite en ce moment, M. Spalding, secrétaire de la Société des prisons du Massachusetts, a bien présenté la philosophie de la sentence indéterminée.

« Le nouveau système inauguré par la loi de New-York consiste en la substitution de l'emprisonnement pour la reformation à l'emprisonnement considéré comme simple punition. Ce qui constitue le principe fondamental du nouveau système c'est que la punition doit s'adapter non pas au crime, mais au criminel. Il est emprisonné non pour ce qu'il a fait, mais pour ce qu'il est. Il se peut que le délit indique le caractère, mais il se peut aussi qu'il ne l'indique pas. Le coupable peut être meilleur que son acte; il peut être pire. Son crime ne montre que l'incapacité dans laquelle il se trouve d'être libre. Sa faute justifie la Cour qui lui a privé de sa liberté; mais l'État ne lui impose pas pour son crime la peine du Talion. Il ne s'efforce pas de lui infliger une parte de souffrance qui paiera d'une façon plus ou moins exacte la dette qu'il a contractée envers l'État. Celui-ci ne s'efforce pas de lui faire le même tort qu'il a causé à quelqu'un de ses semblables ou de fixer la valeur commerciale de sa mauvaise action pour lui infliger une punition équivalente.

« La sentence définie s'occupe seulement du passé du condamné. Sa punition est imposée pour un acte passé. L'examen du caractère dans le passé peut modifier la sentence, mais les changements de caractère de l'avenir n'influent aucune façon sur la punition infligée. Si en dépit de son crime, il était un assez bon citoyen et que sous les mauvaises influences de la prison son caractère s'avilit, sa punition n'augmenterait pas pour cela. S'il était tout à fait indigne au moment de son crime et qu'il dévint un saint en prison, cela ne reduirait nullement sa peine. Le seul fait considéré est celui qui a motivé son emprisonnement. »

Grâce à la sentence indéterminée, l'attention du prisonnier est fixée sur l'avenir. La sentence dé-

finie lui dit : « Vous avez enfreint une loi. Vous devez être emprisonné pendant cinq ans. Votre liberté vous sera rendue au bout de ce temps, quel que soit votre état d'âme. » La sentence indéterminée lui dit : « Vous êtes emprisonné, parce que votre violation de la loi a prouvé que étiez indigne d'être libre. Vous devez rester en prison jusqu'à ce que votre caractère se soit modifié. Quand il aura changé et que vous aurez prouvé que vous êtes redevenu digne d'être libre, vous recouvrerez votre liberté. »

Il est évident que cette façon de traiter le prisonnier lui semble tout de suite rationnelle.

Le crime aussi considéré attire l'attention là où elle doit se fixer, c'est-à-dire sur l'époque de la libération. Le retour du condamné à la société a plus de conséquences pour celle-ci que son éloignement de cette même société. Le juge qui prononce une sentence définie décide de l'époque à laquelle le prisonnier rentrera dans la société et force celle-ci à le recevoir. Personne ne peut dire quand le prisonnier se modifiera ou même s'il se modifiera jamais. L'emprisonnement peut avoir comme résultat de le rendre meilleur ou de le rendre pire. Aucun juge ne peut, à l'avance, dire à quelle époque le prisonnier devait être rendu à la liberté. Celui qui rend à la liberté un prisonnier doit le connaitre au moins aussi bien que celui qui la lui enlève. Cette connaissance ne peut être possédée que par ceux qui ont l'occasion de le mettre à l'épreuve et de juger sa conduite dans des circonstances variées c'est-à-dire par les directeurs de prison.

Mais, si on nous dit : « Comment les directeurs savent-ils que le prisonnier peut être rendu à la liberté sans danger pour la société ? », nous répondons que le régime de la prison doit être organisé de manière à montrer le caractère du prisonnier et aussi de manière à le modifier. La question de sa libération ne dépend pas seulement de sa bonne conduite et de son obéissance aux réglements, mais aussi de la capacité qu'il possède de gagner sa vie par un travail honnête.

Il peut arriver à ce résultat, car, s'il n'a pas appris de métier, la prison aura le devoir de lui enseigner celui pour lequel il montre le plus de dispositions.

Enfin, la question de sa libération dépend aussi de la valeur morale qu'il y a acquise et de la

force de volonté qu'il sera capable de déployer, une fois rendu à la liberté.

Ce ne sont pas seulement les directeurs de la prison, c'est le détenu lui-même qui démontre ce qu'il est devenu. C'est le régime de la prison qui lui offre l'occasion, qui lui inspire le désir de devenir meilleur et qui lui en montre même la nécessité. Son pécule ne consiste pas seulement en argent; il consiste aussi en notes, qui ne sont pas des flétrissures, mais des notes de conduite et de travail marquant exactement sa valeur actuelle.

Il va sans dire que la sentence indéterminée n'a aucun rôle à jouer dans les prisons qui ne sont que des maisons de détention, des maisons où les détenus sont soumis à une quarantaine sociale, sans être pour cela changés. Au contraire, elle doit être regardée comme un élement essentiel dans un système pénologique dont le but est la réformation et le reclassement du condamné. D'ailleurs, elle assure la protection de la société d'une façon même plus certaine que la sentence définie, puisque le prisonnier ne reçoit sa liberté que lorsqu'on peut le croire digne de la recevoir, et encore il ne la reçoit que conditionnellement. Il est absolument libre, après une période pendant laquelle il a montré sa capacité de vivre hors de la prison, pendant quelques mois ou quelques années, non comme un saint, mais comme un bon citoyen.

Pour bien connaitre les résultats de la sentence dite indéterminée en Amérique, il faut étudier l'histoire et les statistiques de nos *Reformatories* (maisons de réformation). Je travaille en ce moment à un livre pour le sixième Congrès pénitentiaire, qui se réunira à Bruxelles en 1900. Ce livre montrera l'organisation du système dans tous les États où il existe. On peut dire, sans exagération, qu'aucun des E'tats qui l'a adopté ne désire l'abandonner. Nous pouvons le regarder comme définitivement implanté aux États-Unis. L'Etat de New-York a été le pionnier; Massachusetts, Pensylvanie, Minnesota, Illinois, Indiana et Ohio ont suivi. Wisconsin et New-Jersey vont établir des institutions semblables, et on les a proposées dans d'autres États. Pendant ces deux dernières années, le Colorado a appliqué la sentence indéterminée à une institution pour les jeunes filles.

Dans tous les États mentionnés ci-dessus, cette sentence a été adoptée seulement pour des institutions spéciales et ordinairement pour des condamnés n'ayant pas plus de treinte ans ; mais, dans le Massachusetts et dans l'Illinois, elle a été appliquée, en 1895, à des établissements où les détenus sont plus âgés ; le juge qui prononce la sentence fixe les limites maximum et minimum.

Dans l'État de Michigan, la Cour a déclaré la sentence indéterminée contraire à la constitution, parce que la loi, en prescrivant un maximum et un minimum, ne laissait nulle liberté au président de la Cour. Dans les États de Ohio, Illinois, Indiana et Massachusetts, la constitutionalité de la loi a été reconnue par des décisions judiciaires.

La sentence indéterminée ne doit pas se confondre avec la libération conditionnelle, que nous appelons *parole law*. Tandis que sept Etats ont adopté la sentence indéterminée, vingt ont adopté la libération conditionnelle, et j'ai le soin de présenter dans ce rapport les lois de chaque État sur ce sujet et une abondante quantité de preuves concernant leur caractère salutaire.

Je conclus.

Au lieu de vous donner des statistiques concernant la sentence indéterminée, permettez-moi de vous citer deux faits caractéristiques. Un homme vint à mon bureau solliciter du secours. «Qu'êtes-vous capable de faire? lui demandai-je.— Rien.— Quel âge avez-vous? — Treinte-cinq ans et j'ai passé dix ans de ma vie en prison.— Combien de fois avez vous été condamné? — Sept fois, et chaque fois pendant une durée d'un à deux ans.— Et vous n'avez rien appris pendant ce temps?— Je peux coudre à la machine, mais je ne trouverai pas de travail [1] ». Voilà la sentence définie: sept fois dans une maison de correction, qui ne corrige pas ! Que pouvais-je faire pour cet homme? Peu de chose.

Autre exemple. Il y a deux ans je fus arrêté par un jeune homme dans la rue: « Peut-être vous rappelez-vous m'avoir prêté 15 dollars il y a trois ans.—

[1] En Amérique, ce n'est pas comme en France ; un homme ne coud presque jamais à la machine, excepté dans les prisons.

Oui, répondis-je.— Voulez-vous me permettre de vous payer ici dans la rue?— Volontiers, je n'ai aucune objection à recevoir 15 dollars dans la rue.»

Eh bien! Quelle était l'histoire de ce jeune homme? Il était né à New-York. Enfant, il prit de mauvaises habitudes. Vers l'âge de dix-huit ou dix-neuf ans il fut arrêté pour vol et envoyé au Reformatory d'Elmira. Une infirmité qu'il avait à la main l'empêcha d'apprendre un métier; mais il pouvait se servir d'une plume. Il commit quelques fautes, fut puni et médita de se suicider. Alors une inspiration lui vint. Il étudia les auteurs anglais et américains, la morale, les mathématiques et fit connaissance avec les classiques (n'allez pas faire cette confession à M. Jules Lemaître!) (*Rires.*) Un journal est publié dans l'établissement, chaque semaine, à l'usage des prisonniers. Ce jeune homme en devint le redacteur. Allant un jour faire une conférence à l'établissément, je fis sa connaissance. Puis, il fut rendu à la liberté; il vint chez moi. Il me dit qu'il désirait être journaliste. Je l'envoyai au bureau de quelques-uns de nos grands journaux. On lui répondit qu'il n'y avait pas de place. Alors je lui dis: « Jai été journaliste pendant plusieurs années. Il y a un moyen sûr d'arriver à écrire dans un journal. Achetez une bouteille d'encre, une plume, du papier. Écrivez ce que vous êtes capable d'écrire, ce qui doit être écrit, et alors les portes s'ouvriront ». Il me quitta et, quand je le rencontrai trois ans plus tard, c'était dans l'une de nos grands cités :« Comment cela va-t-il? » lui dis-je. —« J'ai suivi votre conseil. J'ai écrit des articles. J'ai bientôt obtenu le poste de reporter. Et aujourd'hui je suis éditeur et je reçois 60 dollars par semaine. »

Pensez-vous qu'il croit à l'efficacité de la sentence indétérminée? Ce dont je suis sûr, c'est qu'il peut montrer le Reformatory d'Elmira et son admirable directeur M. Brockway, et dire: « Là j'ai trouvé la résurrection et la vie! » (*Vifs applaudissements.*)

M. E. Gardeil, *professeur à l'Université de Nancy.* —Je me bornerai à ajouter quelques observations très courtes a celles qui ont été présentées par MM. Prins et Baumgarten, en réponse aux propositions de M. van Hamel.

Je dois faire observer, tout d'abord, que la sentence indéterminée, telle que l'a exposée aujourd'hui M. van Hamel, ainsi qu'il l'avait déjà fait à Anvers en 1894,

avec un minimum fixé par le juge et un maximum fixé par la loi, n'est plus, à proprement parler. une sentence indéterminée, puisqu'elle est déterminée des deux côtés. M. van Hamel l'a appelée lui-même la sentence *relativement indéterminée*, deux mots qui me paraissent être en contradiction l'un avec l'autre. Je me félicite cependant de l'évolution qu'a accomplie la pensée du père des sentences indeterminées. Il y a été amené par le désir d'échapper à l'irréfutable objection, tirée du droit public, que soulevait la sentence indéterminée, telle qu'elle avait été présentée tout d'abord. Mais je tiens à constater que cette concession renferme un illogisme : car, s'il est vrai que la considération du fait commis ne doive avoir aucune influence quant à la mesure de la peine, que seule la personne du délinquant doit être envisagée, et que l'amendement du condamné et son reclassement constituent le but essentiel de la peine, pour être logique, il faut admettre que la sentence doit être absolument indéterminée: il n'y a pas moins d'inconséquence à admettre la libération à date fixe, fût-ce en vertu de la loi, qu'il n'y en aurait à l'admettre pour un alcoolique ou un aliéné criminel.

J'arrive à une deuxième objection. Il est impossible au législateur de se désintéresser complètement de la réaction produite sur l'opinion, sur la conscience publique, par les institutions pénales qu'il établit. Il ne suffit pas qu'une peine, appliquée à un délinquant, soit juste: il faut encore qu'elle paraisse telle. Or, il est incontestable qu'aujourd'hui, encore bien que le dosage judiciaire, tel qu'il est pratiqué, soit théoriquement absurd, la conscience publique accepte et ratifie, dans l'immense majorité des cas, les sentences déterminées prononcées par nos tribunaux répressifs. C'est un résultat du système actuel qui n'est pas à dédaigner. L'obtiendra-t-on avec les sentences indéterminées? J'en doute. Quel effet produira sur l'opinion et la conscience publiques le spectacle de deux individus, coupables, l'un d'un crime grave, l'autre d'un délit, et tous deux condamnés à la même peine, la privation de liberté, sans fixation d'aucun délai? Et que sera-ce, si le coupable du crime grave est libéré par l'autorité compétente, alors que l'auteur du délit restera sous les verroux, le premier étant considéré comme amendé et ayant cessé d'être dangereux, le second, non?

La sentence indéterminée se présente théoriquement, sous un aspect séduisant : Que sera-ce dans la pratique ? Il y a un siècle, au sortir de l'arbitraire du juge, les Cahiers des États généraux réclamaient unanimement la sentence déterminée, comme la sauvegarde nécessaire de la liberté individuelle. Aujourd'hui, on voudrait l'écarter, à cause de ses inconvénients. L'arbitraire du geôlier ne présentera-t-il pas, à l'usage, des inconvénients au moins égaux de l'arbitraire du juge ?

J'admetrais cependant la sentence relativement indéterminée, pour certaines catégories, les mineurs, par exemple ; mais au risque de passer pour un misonéiste, je ne puis l'admettre comme institution d'une portée et d'une application générales. *(Applaudissements.)*

M. LE PRÉSIDENT. — Après avoir entendu nos hôtes, que vous avez eu bien raison d'applaudir, je crois qu'il serait intéressant d'indiquer l'état d'esprit dans lequel nous ont laissés leurs communications ; ce résumé serait propre à orienter la discussion qui va suivre.

Il y a deux points sur lesquels leurs communications m'ont paru dignes d'une très sérieuse attention : je veux dire quand ils ont invoqué l'incertitude qui plane sur la réforme des prisonniers et la nécessité d'assurer la sécurité publique. Il est bien certain que la réforme du prisonnier ne dépend pas d'une durée fixe, d'une question de temps que peut prévoir le juge au moment où il inflige la peine. Il est clair également que la question de sécurité publique ne peut pas être appréciée au moment du jugement avec une précision certaine ; sur ces points la critique de nos hôtes m'a paru très forte. Il est certain que, en 1860 un juge qui condamne à cinq années d'emprisonnement un voleur récidiviste ne peut pas savoir si, en 1865, ce voleur sera réformé ; il ne peut pas savoir si, à cette date, la sécurité publique permettra de le remettre en liberté sans inconvénient. Il y a là un prognostic qui lui échappe et je comprends ceux de nos collègues qui sont venus nous dire qu'il serait infiniment préférable que, à cette date de 1865, on pût prolonger d'un an, de deux ans, de trois ans le séjour dans la prison, surtout si on pouvait arriver ainsi à la réformation du condamné.

Ceci établi, il y a tout aussitôt une question qui se pose et sur laquelle il m'a semblé que les explications

données ont été moins précises. On ne vous a pas dit, il me semble, avec une netteté suffisante, quelle serait l'autorité, quelles seraient les garanties au moyen desquelles la sentence primitive serait prolongée suivant la situation morale du condamné. La sentence indéterminée (je veux bien qu'elle s'appelle ainsi, pour les besoins de la cause), mais il faudra bien que quelqu'un la *détermine*. Quelle sera l'autorité qui la déterminera? De quelles garanties sera entourée la décision de cette autorité? Ceux qui viennent de parler appartiennent à des pays où des garanties de toutes sortes sont établies où, en général, le jury existe [1], à des pays où la procédure pénale est très développée. Toutes ces garanties ont eu pour but à la fois la déclaration de culpabilité et la proportionalité de la peine avec le délit ou avec la culpabilité de l'agent.

Eh bien! Quelles sont les garanties qui, dans la pensée des promoteurs des sentences indéterminées, entoureront les décisions? Si ces décisions sont prises dans l'intérieur de la prison par ceux qui en sont les dirécteurs ou les gardiens, ces garanties seront-elles suffisantes?

Je ne doute pas que ceux qui, ici, se portent les défenseurs des sentences indéterminées ne soient prêts à nous rassurer sur ce point et à nous dire quelle est la solution qu'ils préconisent.

M. le professeur PRINS.— L'objection que fait M. le président est évidemment l'objection fondamentale et elle est de nature à inspirer de grandes hésitations quand il s'agit d'appliquer la sentence indéterminée. Comment faire pour constater l'état moral d'un condamné dans sa prison? Et qui va être chargé de cette constatation? Quelle que soit l'organisation des Commissions investies de cette mission, que ce soit le système de M. van Hamel, celui de M. von Liszt ou celui des États-Unis, il est clair que les hommes qui ont à statuer en dernier ressort sur le degré d'amendement des coupables ne peuvent agir seuls; ils doivent recourir à ceux qui vivent journellement avec le détenu, l'observent et l'étudient d'une façon continue, c'est-à-dire les surveillants de prison, qui ne sont pas des

---

[1] Il n'existe toutefois pas en Hollande.

psychologues.— Et des agents subalternes, d'une qualité d'esprit souvent inférieure, auront à participer ainsi à l'exercice d'une fonction qui exige des qualités d'esprit et de cœur vraiment hors ligne! Je crois affirmer que malgré tous les efforts que l'on pourra faire, on n'arrivera jamais sur de points aussi délicats à une certitude. Je ne connais pas beaucoup de récidivistes à l'égard desquels je prendrais la responsabilité d'une declaration d'amendement, après les avoir observés en prison. Il n'y a qu'une circonstance qui permette de croire à la diminution du penchant criminel, c'est l'âge, qui affaiblit les passions, et c'est pourquoi les longues peines sont une garantie contre les rechutes, bien plus que la sentence indéterminée.

Mais, Messieurs, si l'on ne peut arriver à se prononcer avec une certaine assurance sur l'état moral des récidivistes condamnés à la prison, il est peut-être moins aléatoire de se prononcer sur l'état physique de certains récidivistes défectueux, car, ici il s'agit de la solution de questions physiologiques spéciales; il y a une base plus scientifique d'observation, et des Commissions de spécialistes peuvent, dans ces conditions, se faire, dans des circonstances données, une conviction qui ne sera pas simplement une conviction morale. Tel est le motif pour lequel j'estime qu'il faut restreindre la question de la sentence indéterminée aux groupes des recidivistes anormaux ou défectueux en faisant predominer, en ce qui les concerne, le point de vue de la différenciation du régime.

M. Jean Cruppi, *député, ancien avocat général à la Cour de Cassation*.—Je vous demande pardon d'intervenir ainsi à l'improviste dans un débat aussi intéressant et auquel ont pris part tant d'hommes éminents. Ma témérité est autant plus grande que je n'ai pas fait de la question qui nous occupe une étude spéciale; j'y ai cependant réfléchi et je dois dire que ma tendance d'esprit est favorable, dans une certaine mesure, aux sentences indéterminées.

Il me semble qu'on peut résumer la discussion si savante à laquelle nous venons d'assister en disant que trois systèmes se sont produits devant vous: le système de l'indétermination absolue, le système transactionnel de M. van Hamel, qui est celui des sentences relativement indéterminées, avec un maximum légal et

un minimum judiciaire, et un système nouveau à deux reprises défendu par M. Prins.

Le système de l'indétermination absolue, en vertu duquel le juge condamne un homme à la prison comme le médecin condamne un malade à l'hôpital, sans indiquer d'avance le temps qui sera nécessaire à la guérison, est intéressant au point de vue speculatif, mais dans l'ordre positif, au point de vue de la science pénitentiaire, ne le discutons pas, laissons-le de côté; M. van Hamel lui-même l'a d'ailleurs abandonné.

Le second système s'inspire d'une pensée de transaction. J'entendais tout à l'heure un de nos collègues traiter cette doctrine d'opportuniste. En quoi consistet elle? Le juge ne s'efforce plus de calculer, comme dans les sentences préfixes, la durée exacte de la peine qui convient au condamné. Au lieu de se livrer à cette recherche décevante, il se contente d'enfermer le coupable dans telle ou telle catégorie, en calculant le maximum d'après le temps qui lui semble nécessaire pour produire l'amendement.

Il y a en France une famille d'esprits qui éprouvent tout au moins une réelle sympathie pour cette doctrine. Elle répond plus ou moins vaguement à une protestation contre le système actuel des courtes peines, contre la tarification vraiment puérile du Code de 1810. Elle marque aussi notre tendence de plus en plus accentuée à l'individualisation des peines. Nous considérons que, lorsque le délinquant sera mis pour un temps assez long sous la main de la Justice et d'une Administration pénitentiaire désormais unies et mieux outillées pour l'examen de chaque détenu, l'œuvre du classement s'opérera avec plus d'efficacité. Le jeu plus souple d'une condamnation déterminée par un maximum légal et un minimum judiciaire permettra d'ouvrir rapidement la porte aux réadaptables, de leur faire brûler l'étape pénitentiaire, de les placer le plus vite possible sous l'action des patronages et de réduire les anti-sociaux à une longue impuissance.

Est-ce de l'arbitraire, cela? Risquons-nous, comme on semblait le craindre tout à l'heure, de tomber dans une théorie qui mettra en échec nos idées modernes sur la liberté individuelle ?... J'entendais M. Prins faire allusion à la Bastille et à un ouvrage de M. Funck-Brentano sur cette prison d'État. Messieurs,

si la Bastille était odieuse, ce n'est pas parce que l'embastillé n'était à aucun moment conduit devant les juges; il n'était ni légalement accusé ni légalement interrogé, ni légalement condamné : voilà l'arbitraire! Mais quel rapport cela a-t-il avec la doctrine de l'indétermination relative des peines qui correspond à notre conception moderne de la mission du juge et les droits de l'accusé?

Qu'est-ce que le jugement? C'est l'acte par lequel le juge exprime tout ce qu'il sait sur le délinquant, sur ses chances de réadaptation. En d'autres termes, la fixation de la peine opère le classement et aujourd'hui l'opère mal, avant la lettre, car ce n'est que dans la prison que le délinquant se révélera et prendra place, de lui-même, dans telle ou telle catégorie; donc, notre loi met la charrue avant les bœufs. Que le juge, au vu du dossier et du fait antisocial, ébauche seulement les grandes lignes de la décision qui se précisera, se limitera dans l'établissement pénitentiaire par l'autorité et sous le contrôle de la Justice elle-même. Voilà l'indétermination relative. Quel rapport cela a-t-il avec l'arbitraire de la Bastille? Ce système a, contraire, l'avantage d'anéantir le réel arbitraire des peines appliquées sur un tarif brutal par un juge mal informé. C'est le contrat forfaitaire des courtes peines qui constitue en France, en ce moment, un arbitraire vraiment redoutable.

Mais quelle est l'autorité qui, après la condamnation, limitéra et déterminera la sentence? Voilà la difficulté véritable. Notre éminent président, M. G. Picot, la faisait toucher du doigt tout à l'heure. Et M. Prins, intervenant, nous a dit : « Prenez garde! C'est là qu'est le danger; ce sont des subordonnés, des gardiens de prison qui vont continuer la sentence du juge, qui vont la déterminer. »

Ne pourrait-on pas répondre, d'abord, qu'à l'origine de tout dossier il y a aussi le rapport de l'agent de police? ... De même, à l'origine de toute libération conditionnelle, il y aura et il y a déjà le rapport si utile du gardien de prison qui sait, qui voit, qui est en rapports constants avec le détenu. Mais allons plus loin.

Voilà l'autorité judiciaire qui statue et qui rend une sentence déterminée seulement par un maximum et un minimum légal. Qui statuera sur la libération conditionnelle? C'est un problème, je le reconnais; je serais

imprudent si je prétendais le résoudre d'un mot; mais je peux bien dire que j'aperçois clairement un système pénal où l'autorité qui déterminera les peines participera à la fois du caractère judiciaire et du caractère pénitentiaire et offrira toute garantie pour continuer l'œuvre de justice et de classement sans porter la plus légère atteinte aux droits du délinquant.

En France, malheureusement, l'Administration penitentiaire et l'Administration de la Justice sont séparées. C'est un état de choses que beaucoup d'entre vous considèrent comme très fâcheux ; j'ai tout récemment posé cette question à la Chambre et j'ai demandé au Gouvernement de rattacher l'œuvre de l'exécution des peines à l'œuvre du juge. Quand cette jonction sera opérée, rien ne sera plus facile que de faire concourir le magistrat à l'œuvre de la libération conditionnelle et de la détermination rationnelle des sentences. Ce sera le régime du jugement prolongé, mûri et bien informé, substitué au régime primitif et brutal du jugement tardif.

Mais, disait tout à l'heure M. le président, dans les pays où le jury existe, et ce sont les plus nombreux, aux États-Unis, en Allemagne, etc., comment fera-t-on? Comment le juge provisoire, le juré participerat-il à la détermination future de sa propre sentence?— Il n'y a point là, Messieurs, à notre sens, de difficulté. Que voulons-nous? C'est que l'œuvre de la détermination soit une œuvre judiciaire; qu'elle offre, par la présence du magistrat, toutes les garanties au point de vue de la liberté individuelle. S'ensuit-il que le MEME JUGE doive poursuivre, compléter et déterminer sa sentence? Ce serait l'ideal; mais ce n'est pas possible. Nous voudrions simplement que la magistrature fût représentée dans l'œuvre de détermination. Voilà, je crois, la reponse aux preoccupations de M. le président.

Mais arrivons à la dernière des trois doctrines que j'ai entendu développer. C'est la doctrine de M. Prins; celle qui, à mon avis, se heurte aux objections les plus fortes.

En quoi consiste-t-elle? A classer les criminels en trois groupes : les normaux, auxquels on n'appliquera jamais le système des sentences indéterminées; les démens, qui ne sont pas justiciables du Code pénal; les anormaux, qui relèveraient du système de l'indétermination relative.

Qu'entend-on par les anormaux ? — Les épileptiques, les neurasthéniques, a dit M. Prins. Neurasthéniques ! Nous le sommes tout plus ou moins ; dans notre siècle, y a-t-il un homme, même criminaliste, qui n'ait sa névrose ? Y a-t-il une femme qui ne soit condamnée à la neurasthénie par son médecin ?

Les déséquilibrés, avez-vous dit ! Mais, qu'est-ce donc qu'un déséquilibré ? Quel est le juge qui osera ébaucher un classement si fantaisiste et dire: « Tel delinquant est neurasthénique, déséquilibré et, comme tel, justiciable du système de l'indétermination relative ? »

Il semble que cette troisième doctrine, défendue devant vous avec tant de talent et d'autorité, n'ait pas encore des contours bien précis et bien fermes. Peut-être son auteur s'orientera-t-il vers le système américain, qui dirige les inculpés tantôt vers la prison, tantôt vers la maison d'amendement.

Quant à moi, exprimant avec réserve une tendance plutôt qu'une opinion, j'estime que vous avez bien fait de mettre à l'étude ce problème des sentences indéterminées. Je n'affirmerai pas que MM. van Hamel, von Liszt et Barrows nous offrent des solutions parfaites, mures, immédiatement applicables —, mais qu'importe ? Ils ont semé le bon grain et ouvert la voie au droit pénal de l'avenir. (*Applaudissements.*)

M. GRANER, *inspecteur général des prisons.* — Comme vous tous, Messieurs, je suis trop frappé par la puissante argumentation de nos collègues étrangers pour être en état d'exposer quelques légères divergences d'opinion sur l'emploi des sentences indéterminées et j'aurai certainement des chances plus sérieuses de succès auprès de vous en me bornant à examiner les points où l'accord peut le plus facilement se faire avec les théories que vous venez d'entendre.

Mon savant collègue de Belgique a justement fait remarquer qu'il y avait dans ces innovations des intérêts sociaux à sauvegarder. Je dois constater, à l'appui de son observation, qu'en France l'opinion publique se montre des plus chatouilleuses sur l'expiation. Nous n'avons pas les ressources d'immenses territoires parsemés d'énormes agglomérations comme en Amérique ; c'est peut'être ce qui nous empêche de pratiquer les principes de justice et de charité que

M. Barrows vient de professer avec une conviction qui a entrainé nos applaudissements unanimes. Nous sommes parfois obligés, à la Commission de libération conditionnelle, de prononcer une sort d'exil pour ne pas nous exposer à renvoyer au milieu d'une population manifestement hostile une volonté un peu délabrée par l'asservissement pénal, une moralité encore chancelante sous le coup du fait qui a entrainé sa condamnation. Et, si je me permets de parler de la libération conditionnelle, ce n'est pas pour l'assimiler à la sentence indéterminée: M. van Hamel a trop ingénieusement établi la distinction de principe à faire entre ces deux mesures pour ne pas avoir apporté la conviction chez tous ses auditeurs. La différence théorique devrait être encore plus considérable que ne l'admet M. Prins: si nous nous rapportons à sa notion originelle, la libération conditionnelle étant une continuation de la peine dans des conditions telles que le condamné puisse passer sans secousses dangereuses à l'état de liberté, elle peut coexister, sans se confondre, avec la sentence indéterminée et, comme l'a dit M. van Hamel, la preparer; mais, je dois avouer que, dans la pratique française, le défaut d'asiles de patronage, les inconvénients — pour le reclassement — d'une surveillance administrative continue nous ont fait sensiblement dévier de la voie ouverte par les Irlandais et nous ont rapprochés tout autant de la sentence indéterminée.

Je m'empresse toutefois de reconnaitre en faveur de la sentence indéterminée les heureuses conséquences qui lui sont toutes spéciales et que M. le député Cruppi nous a signalées avec sa double compétence de magistrat et de législateur. Le nouveau système peut seul nous débarrasser de ses peines infimes, ridicules, qui énervent la répression et ne constituent qu'une sorte d'encouragement pour le coupable. Un assez grand nombre de delinquants primaires, les auteurs des plus légères infractions se trouvent aujourd'hui exclus du bénéfice de la libération conditionnelle et, par suite, sont privés des bienfaits du patronage, non pas, comme semblait le craindre l'éminent auteur de la loi de 1885, par l'effet d'une jurisprudence administrative erronée qui réserverait cette faveur aux établissements de longues peines, mais en vertu de la loi elle-même, qui en

exclut les condamnés à moins de quatre mois d'emprisonnement.

Le souvenir de cette observation, qui pourrait être fondée sur le peu de confiance que l'on accorde généralement à notre personnel des prisons d'arrondissement, m'amène à vous présenter mon opinion sur le point vraiment délicat du système: la procédure, ou mieux, la question de compétence.

Je me permettrai d'abord de vous faire remarquer que, de ce côté, la libération conditionnelle reprend tous ses avantages sur la condamnation indéterminée. Elle est révocable; donc, les erreurs offrent moins de danger, tandis que la sentence indéterminée doit être définitivement prononcée par un autre que le juge naturel. Sans revenir sur la violation flagrante des grands principes qui vient de rappeler notre éminent president, je ne dois pas vous dissimuler que cette attribution de juridiction doit descendre assez bas dans l'échelle hiérarchique pour trouver quelque chance de certitude dans les jugements en dernier ressort. La grande réforme administrative à laquelle M. le député Cruppi vient de faire allusion ne changera rien aux conséquences d'une vérité de sens commun telle que celle-ci. De même, qu'il n'y a pas de grand homme pour son valet de chambre, il n'y a pas de dissimulation qui résiste à la surveillance incessante d'un gardien; mais, si vous n'admettez pas son témoignage comme un jugement ou si vous ne voulez pas faire dépendre l'arrêt définitif de sa déposition, de son rapport, il ne reste plus que la jurisprudence de Rabelais. L'intérêt sera toujours trop considérable pour ne pas jeter quelques doutes sur la véracité des réponces ou la franchise des attitudes devant des personnes plus instruites, sans doute, qu'un surveillant, mais qui ne peuvent accorder qu'un instant à l'examen du condamné à juger. Et comment pourrait-elle s'éclairer en dehors de ce geôlier si méprisé?

M. van Hamel, il est vrai, nous a bien indiqué le moyen de stimuler le zèle de ces commissions. Il propose de leur attribuer un traitement ou tout au moins des jetons de présence. Y puiseront-elles quelque courage, quelque goût pour une besogne qui semble ingrate et rebutante? Nous solicitons les avis des Commissions de surveillance sur les libérations conditionnelles. Elles ne prennent pas la peine de

motiver leur opinion, qu'elles formulent d'ordinaire conformement à l'avis du magistrat qui a poursuivi, encore sous l'influence de la lutte à l'audience ou pendant l'instruction. Le plus souvent elles n'ont pas songé à faire comparaître l'intéressé, qui est cependant à coté! Dans ces conditions, je l'avoue, l'avis du gardien-chef, puisqu'il faut l'appeler par son nom, me semble mériter aussi quelque créance. Sans doute, il n'a pas les facilités que donne une instruction supérieure pour déduire les considérations qui entraînent son opinion ; elle n'en est pas moins fondée sur des qualités d'observations indéniables. Ne sait-on pas que n'importe lequel de ces agents, toujours victimes d'un ancien préjugé, d'un mauvais rénom, peut distinguer à première vue un délinquant primaire d'un homme déjà emprisonné? Si c'était la seule pierre d'achoppement que dût rencontrer l'intéressant projet de M. van Hamel, elle pourrait être écartée par la pensée des progrès intellectuels de ce personnel déjà obtenus depuis les cinq ou six ans que fonctionne l'école supérieure des gardiens, qui nous promet un niveau bien plus élevé pour l'époque où la sentence indéterminée sera admise dans notre législature pénale. (*Applaudissements.*)

M. le professeur VAN HAMEL.— Je vous remercie infiniment, Messieurs, de l'intérêt que vous avez porté à mon rapport et je me félicite de la haut discussion qu'il a provoquée. Permettez-moi de répondre par quelques petites observations aux objections qui ont été présentées.

En premier lieu, une question de terminologie.

Le mot « sentences indéterminées » donne l'idée d'une peine indéfinie; c'est pourquoi vous avez qualifié mon système de systéme transactionnel, d'opportuniste, et, comme les transactionnels et les opportunistes ont une mauvaise réputation (*rires*), je voudrais vous supplier de ne pas stigmatiser cette institution par cette épithète.

N'oublions pas que le mot nous vient d'Amérique et qu'en Amérique il y a toujours eu des sentences indéterminées, qui ont été limitées par un minimum judiciaire et par un maximum légal. Le mot est donc, dès son origine, la sentence relativement indéterminée, telle que je l'ai défendue devant vous,

Il est vrai que l'impression première, pour ceux qui entendent le mot, fait surgir l'idée d'une durée indéfinie. Il est vrai aussi que, dans le Congrès de l'Union Internationale où nous avons traité cette question, la possibilité d'une limite maximale n'a pas été soulignée. Mais cette limitation n'est pas en désaccord essentiel, comme je l'ai prouvé avec l'origine même de l'institution et de son nom.

L'idée est seulement la suivante: les sentences sont indéterminées en ce sens que ce n'est pas le juge qui détermine la durée de la peine.

Encore un mot sur une autre question de terminologie. J'entre ici en discussion avec mon ami Prins.

Nous avons parlé des sentences indéterminées et des peines indeterminées; c'est-à-dire que nous avons traité la question de la durée, mais non pas traité la question du régime. Je ne me suis pas étendu sur ce dernier point; la question des « Reformatories », des maisons de travail, des maisons de préservation, dont M. Prins a parlé, est restée hors du débat.

Il me semble aussi qu'en favorisant les sentences indéterminées, on devra établir des Reformatories pour les corrigibles, des maisons de préservation pour les défectueux, des maisons de travail pour d'autres catégories, mais cela ne touche pas à la question des sentences indeterminées, qui s'appliquent à toutes sortes de mesures contre toutes sortes de délinquants. C'est pourquoi cette distinction entre la peine et la mesure de préservation doit être écartée.

J'arrive maintenant aux catégories de délinquants aux quels les sentences indéterminées seront appliquées.

M. Prins a combattu les sentences indéterminées en ce qui touche la peine, c'est-à-dire pour ce qu'il nomme les délinquants normaux; mais il les a défendues pour une catégorie pour laquelle il voudrait une mesure de préservation: les défectueux, les déséquilibrés, etc.

Je suis de son avis: il y a, parmi les délinquants que nous condamnons comme délinquants, une quantité énorme de ces défectueux et pour eux un autre régime de detention doit être recommandé. Mais cette distinction entre les normaux et les anormaux ne peut pas servir de base pour admettre les sentences indé-

terminées vis-à-vis de la seconde catégorie et l'exclure vis à-vis de la première. Car, dans un tel systéme le juge, au moment même de sa sentence, devrait dire si un homme est défectueux ou ne l'est pas. Or, cela lui est absolument impossible ; cette distinction ne pourra se faire qu'à la suite d'examens ultérieurs.

Je lui réponds donc: Si vous êtes d'avis que les défectueux devront être l'objet d'une sentence indéterminée à exécuter dans une maison de préservation, il faut accepter la sentence indéterminée dans tous les cas dont nous avons parlé, vis-à-vis des personnes qui ont besoin d'être réformées ; car les autres distinctions, les autres triages que vous avez en vue ne peuvent se faire qu'aprés. Vous placerez les uns dans des maisons de preservation, les autres dans des prisons ; mais ces décisions ne penvent être prises par le juge au moment de la condamnation. Il faut les prendre après. C'est pourquoi la distinction de M. Prins ne résout pas la question.

Au contraire, il m'a donné un nouvel argument pour défendre les sentences indéterminées pour les peines ou mesures de réforme et les peines ou mesures de sûreté.

Enfin, un mot sur la question que M. le président a posée et au sujet de laquelle il m'a reproché un certain manque de précision: je veux parler de l'autorité qui statuera sur la prolongation de la peine.

J'étais autrefois de l'avis de M. Cruppi ; je désirais étudier si nous ne pourrions pas introduire, non seulement une autorité judiciaire, mais même une procédure judiciaire, ce qui, au fond, donnerait la véritable garantie. Mais, lorsque j'ai composé ce rapport et que j'ai de nouveau posé ce probléme, j'ai senti toutes les objections que rencontrerait une telle solution. J'ai donc commencé par poser le problème autrement et je me suis dit: A quoi aboutit la sentence indéterminée ? Au début, à une libération conditionnelle, mais sans peine préfixe. Eh bien ! nous avons déjà maintenant une autorité pour la libération conditionnelle ; ne pourrait-on pas la conserver en modifiant seulement la composition des Commissions qui devront fournir leur rapport sur la situation et sur l'avenir du condamné ? Ces Commissions devraient être plus étendues. Elles devraient comprendre un ou plusieurs magistrats. Il ne faut pas nécessairement le même juge qui a prononcé la sentence. Et d'ailleurs cela ne se pourrait pas,

car le juge qui a condamné est souvent à une longue distance ; on ne peut avoir de ces établissements destinés à la détention indéterminée dans chaque arrondissement. Les Commissions comprendraient donc un magistrat ; mais j'ai ajouté: de même, un avocat, un médecin, un représentant de l'Administration pénitentiaire et un membre du Comité de patronage.

L'organisation de ces Commissions mixtes a été développée par M. von Liszt dans le temps. On pourra différer sur la question de savoir si elles ne seront appelées qu'à donner, comme les Commissions actuelles de surveillance, leur avis au Ministre, qui statue souverainement sur la libération conditionnelle, ou s'il faudra modifier cette règle et faire de la Commission qui délibère également l'autorité qui décide. C'est une question qui me parait pouvoir être resolue aussi bien dans un sens que dans l'autre.

Je crois, en finissant, que plus nous étudierons la question des sentences indéterminées, plus nous resterons d'accord sur plusieurs points. Je lirai avec un interêt passionné les discussions qui vont suivre, quand vous reprendrez la question après notre départ. Vous nous avez donné aujourd'hui le plaisir d'entendre ceux qui ont parlé; vous nous donnerez demain le plaisir de lire ceux qui parleront. *(Applaudissements.)*

M. le professeur PRINS — Je n'aurais garde de prolonger un débat qui a été aussi long et aussi approfondi. Je ne désire qu'ajouter un seul mot en réponse à M. Cruppi, qui dit que nous sommes tous plus ou moins neurasthéniques et estime, dès lors, qu'avec mon systéme on irait beaucoup trop loin.

Mon éminent contradicteur peut avoir raison en disant que nous sommes tous plus ou moins neurasthéniques ou surmenés; mais nous ne sommes pas tous plus ou moins délinquants; et, quand nous nous trouvons en présence du délinquant professionnel et que ce délinquant professionnel est en même temps un anormal, il devient certain que nous nous trouvons devant un individu dont l'état particulier exige des mesures particulières, j'appelle mesures de préservation sociale.

Et je suis heureux de me rencontrer ici avec M. Cruppi, lui-même qui nous a parlé de l'abus des courtes peines. Il s'agit, en effet, de réagir contre

l'abus des courtes peines. Je suppose un récidiviste coupable de nombreuses rechutes et dont l'état défectueux ou anormal ne fait doute pour personne. Quel est le droit actuel? On plaide, à raison de son état défectueux, diminution de la responsabilité et la reduction de la pénalité et, en général, on obtient satisfaction: les tribunaux condamnent à de courtes peines!

Or, l'expérience nous enseigne que là git le mal et ma thèse consiste à soutenir ceci: tous les récidivistes ne sont pas anormaux, mais il y a des récidivistes anormaux. Or, quand l'anormalité physique est constatée par des spécialistes, la solution à recommander, ce n'est pas une différenciation dans le taux de la peine, c'est une différenciation dans la qualité de la mesure de défense sociale, et j'admets ici une certaine indétermination.

D'ailleurs, si, même dans des cas de ce genre, on redoutait les abus de l'indétermination et si l'on exigeait que la mise à la disposition du Gouvernement fût toujours prononcée avec fixation d'un terme, il y aurait encore moyen de répondre aux nécessités spéciales de l'état physique des défectueux en accordant aux tribunaux, à l'arrivée du terme et sur l'avis conforme des Commissions de spécialistes, le droit de prolonger pour un nouveau délai fixe la mise à la disposition du Gouvernement.

On voit donc que, lorsqu'il s'agit de ce groupe limité des défectueux, je me rapproche des mes amis MM. van Hamel et Liszt, avec cette réserve que la question de la différenciation du régime me paraît plus important que celle de la durée de la peine, — de même qu'il me paraît plus important de considérer l'état anormal de ces délinquants récidivistes, que la nature juridique de leur infraction.

M. Brunot, *président du Comité des inspecteurs généraux* — Quelques mots seulement sur deux points particuliers de la question. Voici le premier:

Lorsque la durée de la peine restera indéterminée, le détenu aura pour préoccupation principale d'en atteindre le terme et par conséquent il provoquera, toutes les fois qu'il le pourra, un arrêt de libération. Si toute initiative lui est refusée, n'y a-t-il pas à craindre des «oublis» regrettables?

Si, au contraire, le détenu peut provoquer directement ou indirectement une sentence libératrice,

ses instances seront fréquemment répétées et certains détenus comparaitront bien des fois devant le tribunal libérateur avant d'obtenir un *exeat* définitif. Chaque détenu comparaitra donc à l'entrée, à la sortie et souvent plusieurs fois en cours de peine ; aujourd'hui, au contraire, il ne comparait qu'une seule fois, à l'entrée. Il en résulte que chaque détenu encombrera les jurisdictions pénales ou libératrices. Va-t-on doubler le personnel de la magistrature? ou créer une nouvelle magistrature à côté de la magistrature d entrée? Je n'aperçois pas bien la solution budgétaire de cette difficulté, surtout à un moment où de tous côtés l'economie est le mot d'ordre.

Le second point lequel je me permets, après M. le professeur Gardeil, d'appeler votre attention, est le suivant: Avec le système actuel des sentences préfixes, à un fait déterminé on oppose une peine déterminée; cet acte, d'un caractére impersonnel, satisfait l'opinion publique, parce qu'il lui apparait comme le critérium de l'impartialité et de la justice.

Nous avons fait une révolution pour inscrire en tête de nos Codes ce principe: « Tous les Français sont égaux devant la loi ». Comment un pays democratique, essentiellement égalitaire, accueillerait-il le progrès apporté par les sentences indéterminées, quand ce progrès se résume dans ce principe : « Tous les Français sont inégaux devant la loi ou du moins devant la peine » ? Comment notre public si susceptible, si impressionnable, si passionné aux moindres soupçons d'erreur judiciaire, va-t-il accepter ce principe nouveau d'après lequel deux hommes entrés, le même jour, pour le même délit, dans la même prison, sortiraient, l'un au bout de trois mois, l'autre au terme maximum ? On a fait des barricades pour beaucoup moins.

J'entends bien que ces traitements différents seront justifiés au fond par la différence morale des deux individus ; mais comment mettra-t-on en evidence ces inégalités morales? comment rassurera-t-on le public contre la crainte de l'arbitraire, plus dangereux peut-être que l'arbitraire lui-même? Pourra-t-on motiver publiquement les *exeat*?

Et quel parti la presse ne tirerai-t-elle pas de ces inégalités de traitement ? Il n'est pas un coupable riche qu'en puisse maintenir en prison contre une campagne s'attaquant non plus à l'autorité de la chose jugée,

mais au maintien en détention pour des appréciations purement morales. Je féliciterais la magistrature, si on la déchargeait de la responsabilité, quelque fois si lourde des sentences déterminées ; mais je plaindrais plus encore ces malhereux directeurs de prison, écrasés sous la responsabilité des sentences indéterminées. De quels « silence aux pauvres ! » ne retentiraient nos couloirs des prisons presque silencieux aujourd'hui ?

M. A. MOURRAL, *vice-président du tribunal de Dijon*.—La théorie des sentences indéterminées, telle qui l'a si brillamment exposée M. van Hamel, avec ses limites minima et maxima, est extrêmement séduisante. Un pareil moyen de répression présente, en effet, tous les caractères que la science moderne exige d'une peine ; il est intimidant, il est également, on peut même dire, au premier chef, réformateur, puisque avec un système penitentiaire bien organisé, il permet le redressement des individus non encore complètement dépravés.

Il donne enfin un moyen, si non d'éliminer d'une façon définitive les éléments dangereux que contient la société, du moins de les mettre, pendant un temps assez long, dans l'impossibilité de nuire.

A cet égard, je rapellerai que notre système pénal n'est pas étranger à cette idée et qu'il contient deux exemples caracteristiques de peine indéterminée : l'un dans lequel est indéfinie (renvoi dans un dépôt de mendicité: art. 274 C, p.) ; l'autre où elle est, au contraire, limitée par un maximum (renvoi dans une maison de correction des mineurs de seize ans ayant agi sans discernement: art. 66 C p.). On pourrait peut-être même y ajouter notre relégation qui telle qu'elle est aujourd'hui subie dans le régime collectif, est devenue une véritable peine indéterminée quant à sa durée et ne diffère que par le nom de celle des travaux forcés. Je ne verrai donc, pour ma part, ancun inconvénient à ce que ce système, dans les limites qui a assignées M. van Hamel, fût généralisé dans notre legislation pénale. J'y ajouterai toutefois les restrictions suivantes: 1°, quec ette peine, sauf pour certains cas, ne soit jamais obligatoire pour le juge ; 2°, que le maximum ne soit pas unique et absolu, mais gradué comme dans le projet de Code pénal norvégien, suivant le degré de pervervsité du prévenu, et puisse s'élever, pour les récidivistes incorrigibles, jusqu'au triple ou

même au quadruple du maximum ordinaire. On aurait ainsi un moyen d'individualisation de la peine à double degré qui, s'il n'était pas parfait, serait cependant supérieur á celui qui existe à l'heure actuelle.

M. Cruppi s'élevait tout á l'heure avec une éloquente vigueur contre les courtes peines et voyait dans l'adoption des sentences indétérminées un rémède contre cette plaie de notre système pénal.

Je suis entièrement de son avis et ne ferai ancune difficulté de reconnaître que la peine de courte durée ne peut avoir, au point de vue, soit de l'intimidation, soit de la réforme, ancun résultat. Malheureusement, dans l'état actuel de notre législation, elle est souvent une nécessité. Grâce ao casier, le juge connait toujours les antécédents judiciaires d'un prévenu; mais la plupart du temps, il n'en est pa demême dés antécédents moraux ou des éléments sesjub ctifs de l'affaire; dans tous les cas, l'avenir lui èchappe et il ignore complétement ce que deviendra la peine qu'il va prononcer; il doit donc se borner à la proportionner au fait unique qui lui est soumis. S'il se trouve en présence d'un délinquant accidentel, la loi de sursis lui permettra, sans lui infliger une tare indélébile, de lui donner un avertissiment suffisant pour se retenir dans la bonne voie; s'il a devant lui un récidiviste endurci, il pourra lui appliquer la peine accessoire de la rélegation et l'éliminer d'une façon presque définitive de cette societé, pour laquelle il est un danger permanent. Il est, par contre, absolument désarmé en face du prévenu coupable d'un délit sans grande gravité en lui-même, mais qui est cependant l'indice d'une tendance antisociale encore en puissance et qu'une éducation réformatrice d'assez longue durée pourrait arrêter. La sentence indéterminée me paraîtrait tout indiquée dans ce cas.

Notre libération conditionelle, telle qu'elle est organisée, ne remplit pas ce but. Elle échappe, en effet, complètement au juge, qui ne peut pas indiquer que, dans son intention, la peine assez longue prononcée par lui devra être mitiguée par cette mesure, si le condamné donne les preuves d'un sérieux retour au bien. De plus, et ce n'est un secret pour personne, elle est accordée ou refusée par des considerations souvent absolument étrangères à l'amendement et à la situation morale du condamné.

En résumé, nous avons, avec la relégation, la peine éliminatoire. M. Bérenger, par sa loi du 31 mars 1891, nous a donné celle d'avertissement; la peine de reforme nous manque. Le système de la sentence indéterminée, avec les limites que nous lui avons assignées et les institutions qui devraient en être la suite naturelle, nous donnerait peut-être un moyen de l'organiser. Il complèterait, dans tous les cas, les réformes qui ont dejà si profondément et si heureusement modifié notre vieux Code pénal dans le sens de l'individualisation de la peine et aurait enfin l'avantage de décharger la conscience du juge d'une de ses plus pénibles préoccupations qui est la crainte d'avoir appliqué à un individu une peine disproportionée, soit en plus, soit en moins, avec son degré de perversité.

Il est évident que l'adoption de la sentence indéterminée doit nécessairement avoir pour consequence une réforme pénitentiaire assurant la création de véritables établissements de réforme et l'institution d'un organisme nouveau, dans lequel la magistrature serait largement représentée, chargé de se rendre compte des progrès moraux réalisés par les condamnés, ansi que de l'intéret qu'il y aurait à les remettre, sinon directement et d'une façon absolue, du moins progressivement, en liberté.

Je crois même que l'on devrait commencer par là. Des réformes en ce sens ont été proposées par M. le député Cruppi, et, quand il les aura fait aboutir, un grand pas aura été fait. Avec une liberation conditionnelle bien organisée et une répression gradué de la récidive, la question des sentences indéterminées ne sera peut-être plus qu'une simple questtion de terminologie.

M. le Président. — Si personne à cette heure avancée, ne demande plus la parole, je clôturerai, pour aujourd'hui, cette grande discussion qui laissera à tous de longs souvenirs.

Je n'ai pas besoin de la résumer. Je ne peux qu'être votre enterprète en remerciant les orateurs qui ont pris la parole, et ceux qui sont venus de si loin pour exposer cette question et nous permettre de l'étudier. Nous la continuerons dans notre séance du 17 mai.

La séance est levée à 6 h. 45 m.

DIREITO PUBLICO

These XII

DISSERTAÇÃO APRESENTADA

PELO

Desembargador João da Costa Lima Drummond.

(RELATOR

Membro Honorario do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros.

DIREITO PUBLICO

XII — Qual o verdadeiro conceito do dólo criminal e da culpa « stricto sensu » ?
Ha gráos intermediarios entre o dólo e a culpa ?
E' admissivel o dólo nas contravenções ?

A limitação naturalmente imposta pela estreiteza do tempo de que o congresso dispõe para o exame dos relatorios sobre todas as theses do seu Questionario é incompativel com o desenvolvimento que esta these reclamaria em situação diversa. A controversia que tem ella suscitado no seio da escola classica e entre esta escola e a positiva, descripta em suas minudencias, seria proveitoso assumpto para volumosa monographia. E' possivel, porém, adaptar ás condições do momento o opulento manancial que a discussão poderá esgotar na critica da doutrina exposta, em synthese, neste relatorio.

Para que sobre o dólo assente a responsabilidade criminal não basta ter o agente *querido* o facto em si mesmo, é necessario ainda uma *intenção lesiva* do direito alheio com um *fim* anti-social ou anti-juridico. E' certo haver Carmignani definido o dólo assim: — «actus intentionis plus minusve perfectæ ad legem lædendam directus, externisque signis prorumpens». E, em sua generalidade, os escriptores repetem essa definição classica que a observação das cousas humanas repelle por arbitraria e fallaz. Mas, o que admira é que a reproduzam escriptores emeritos, conscientes de que entre os factores do dólo criminal accentua-se a *intenção* de agir, não em contradicção com a lei penal, mas de modo a lesar um bem alheio protegido pela lei penal que se presume conhecida. São inconciliaveis e incongruentes esse factor do dólo criminal — o *animus nocendi* e a definição adoptada, na creação de um mundo de ficções, em desproveito da

solidez e do prestigio da doutrina que acceitam. Dos dominios do direito penal deve desapparecer a doutrina que essa definição encerra; que a experiencia quotidiana contradiz como phenomeno real da vida psychica entre os motivos dos actos humanos e que nem mesmo se aproveita como premissa para as vigorosas conclusões tão convictamente apregoadas. Assim se eliminará, no seio da escola classica, tradicional desaccordo entre as normas juridicas e a realidade da vida humana. Felizmente incorporou-se ao patrimonio scientifico, hodierno, a douta sentença do preclarissimo Alimena, que é o anathema formal da erronea concepção do dólo, tão acariciada e repetida pelas maiores celebridades contemporaneas. Na vida real — affirmou elle — não existem delinquentes que violem a lei pela simples vontade de violal-a. O dólo criminal não é senão a violação voluntaria de um bem juridico que, como tal, é protegido pela lei penal que se presume conhecida.

No conceito da culpa *stricto sensu* se descobre um facto lesivo do direito alheio, previsivel, mas não previsto como consequencia de um acto humano *voluntario*. A culpa *stricto sensu* assenta sobre um erro concernente á importancia do acto *voluntario* como causa ou não impedimento da lesão juridica, que se podia e devia prever.

A impossibilidade de previsão do resultado, que é a lesão juridica, caracterisa o caso fortuito, exclusivo de responsabilidade penal. *Nullum crimen est in casu.*

Como gráo intermediario entre o dólo criminal e a culpa *stricto sensu* descreve-se a figura interessante da *preterintencionalidade*, que é uma creação da equidade pratica. O *animo* de lesar a outrem distancia a um tempo a preterintencionalidade do dólo criminal e da culpa *stricto sensu*. Na preterintencionalidade somente no antecedente se descobre o animo de lesar a outrem, ao passo que no consequente o que se encontra é a falta de previsão de um acto lesivo previsivel, que é o apanagio da culpa. Na preterintencionalidade reside, pois, um concurso de dólo e culpa, *culpa dolo determinata.*

E' preciso, porém, que se não confunda a preterintencionalidade com a especie do dólo criminal denominada dólo indirecto ou eventual. Qualquer que seja a importancia pratica da distincção do dólo criminal em

dólo directo e dólo indirecto ou eventual e da subdivisão do dólo directo em dolo determinado e dólo indeterminado ou alternativo, o que é verdade é que a distincção existe e que a confusão entre o dólo indirecto ou eventual e a preterintencionalidade será facil a quem de ambas as cousas não tiver uma noção exacta. A *vontade* maliciosa do agente applicada ás *consequencias* do acto malicioso incide em modificações diversas, uma das quaes se denomina dólo indirecto ou eventual. A simples *previsão* das *consequencias* lesivas do direito alheio e decorrentes do *acto* malicioso caracterisa a especie do dólo criminal denominada dólo indirecto ou eventual e nem de leve se vislumbra na preterintencionalidade, na qual o *consequente* é o successo ou exito *não previsto*, embora previsivel.

Apuradas as noções preferiveis do dólo criminal e da culpa *stricto sensu* — para que se possa admittir, ou não, a existencia do dólo nas contravenções é indispensavel destacar na famosa contenda doutrinaria a nitida configuração scientifica das contravenções.

Realisado este proposito — do cotejo das noções do dólo criminal e da culpa *stricto sensu* com o conceito das contravenções resultará logicamente a inadmissibilidade não sómente do dólo como tambem da culpa nestas infracções penaes, máo grado a severa impugnação de penalistas illustres, divorciados, a meu ver, da verdade scientifica.

Na tutela da ordem social pela applicação da pena, o conceito da contravenção induz um elemento preventivo.

Dos actos perturbadores da ordem juridica, uns determinam uma lesão immediata, real ou potencial do direito; outros expõem mediatamente a perigo o direito. Aquelles *natura turpia sunt*; estes *civiliter et quasi more civitatis* — aproveitadas para a expressão da dualidade de manifestação da actividade humana contraria á lei as palavras de Ulpiano no frag. 42 Dig. *De verborum significatione* (50, 16). Pois bem; aquelles são os crimes ou delictos; estes são as contravenções, cujo elemento material coincide com o méro perigo trazido ao direito alheio, quer por certos actos em si mesmo perigosos (contravenções absolutas ou reaes — *in re ipsa*), quer por certos actos perigosos, quando praticados por determinadas pessoas (contravenções relativas ou pessoaes). Como quer que

seja, porém, nenhuma consequencia lesiva do direito de outrem provém do acto constitutivo do elemento material das contravenções.

Consumma-se a infracção contraventora pela violação de um modo de proceder do qual depende a tutela de um direito ou de uma esphera generica de direitos; exclusive, em absoluto, qualquer lesão, real ou potencial, de um direito.

Ora, o conceito do dólo criminal presuppõe a lesão intencional, real ou potencial, de um direito; logo, é inadmissivel o dólo nas contravenções.

Entre o seu elemento material e o seu elemento moral deve existir a mais intima e profunda dependencia. Conseguintemente é impossivel integrar-se, na figura de semelhantes infracções das leis penaes, elemento moral constituido pela *intenção* de agir de modo a lesar um bem alheio protegido pela lei penal que se presume conhecida.

E não sómente o dólo mas tambem a culpa *stricto sensu* é inadmissivel nas contravenções, desde que a lesão juridica — quer intencionalmente consummada ou tentada, quer negligentemente occasionada — é inexistente nas contravenções. Mas os crimes ou delictos, dolosos e culposos, e as contravenções teem uma genesis identica:— um acto da vontade humana concebida como relação de causalidade entre o movimento (acção) e a inercia (omissão) do nosso organismo e o phenomeno contrario á lei penal. A *voluntariedade* do facto em si é essencial e indispensavel tambem á figura das contravenções; é parte integrante e proeminente do seu organismo juridico. E a *voluntariedade* se exprime pela formula de Zanardelli, modificada por E. Ferri. É toda a actividade psychica dirigida para um certo evento, com o presupposto da consciencia das circumstancias nas quaes e pelas quaes a vontade se determina.

Tal é, em synthese, sob o criterio classico, a solução do problema que esta these encerra. A subversão completa que a escola positiva preconisa e propõe nas leis penaes, separa por diametral opposição essa escola da escola classica no que toca ao presente thema. Para a escola positiva crimes ou delictos e contravenções não são senão acções anti-sociaes, vedadas pelas leis, diversas em modalidade e grão, mas não em essencia e indole. Por isso, concebe a *Nuova Scuola*

a existencia de crimes ou delictos da essencia e indole das contravenções assim como a de contravenções delictuosas. E aos sectarios da escola positiva afigura-se existir perfeita equação entre essa theoria e a realidade physio-psychologica dos actos humanos.

Do presente relatorio dimanam as seguintes conclusões:

1.ª A verdadeira noção do dolo criminal é esta: intenção mais ou menos perfeita de agir de modo a lesar um direito alheio protegido pela lei penal.

2.ª A verdadeira noção da culpa *stricto sensu* é esta: voluntaria omissão de diligencia em calcular as consequencias possiveis e previsiveis do proprio acto.

3.ª Entre o dólo criminal e a culpa *stricto sensu* ha o gráo intermediario constituido pela preterintencionalidade, concurso de dólo e culpa.

4.ª É inadmissivel nas contravenções o dólo criminal como o é a culpa *stricto sensu*.

Rio, maio de 1900.

J. C. Lima Drummond.

DIREITO PUBLICO

These XII

DISSERTAÇÃO APRESENTADA

PELO EXMº. SR.

Dr. Lisandro Segovia

Advogado em Buenos Ayres

Membro Honorario do Instituto da Ordem dos Advogados Brazileiros.

DIREITO PUBLICO

Primeros principios de sociologia criminal

Natura non facit saltus

CAPITULO I

DETERMINISMO Y LIBRE ARBITRIO

El mundo y los mundos son una estupenda manifestación de fuerza, energia y vida. Las mutuas acciones y reacciones de los cuerpos presuponen una transformación constante de los mismos, causativa a su vez de transformaciones en otros cuerpos, pero ni una partícula de la fuerza que comporta se crea ni se destruye. Toda la materia que existe, toda la fuerza que existe hoy, existió siempre en la misma cantidad y en este sentido, todo lo que existe es y será siempre inmortal, indestructible.

La vida animal, como la vegetal, nace, subsiste, se envejece, deteriora y muere por efecto de las combinaciones y transformaciones de las fuerzas almacenadas en las células y de las demas existentes en la naturaleza. Las leyes fundamentales de la vida son iguales en todos los seres vivientes. En este cambio y transfromación de fuerzas entre los diversos cuerpos y substancias, se puede observar que todo y cualquier fenómeno es efecto de diversas causas; ese efecto es á su vez causa de diversos sub-efectos, y asi hasta el infinito en una cadena sin fin; á la manera que en un entrevero á arma blanca, un soldado ataca y es atacado por varios otros y se produce una tremenda inextricable pelea.

De modo que puede establecerse que, en la naturaleza, el determinismo es una relación constante entre todos los fenómenos: todo es causa y efecto á la vez, escepto tal vez la fuerza universal que anima al mundo, como unidad ó alma del universo.

Sucederá otra cosa en el mundo psicológico? Existiendo en los fenómenos físicos y biológicos una rigurosa determinación, desaparecerá esta ley universal en los fenómenos psíquicos?

Existe en el alma humana una fuerza ó facultad independiente que nos permite determinarnos á la acción con prescindencia de los motivos, llamada *libre arbitrio*; ó bien esa facultad, que es la *voluntad*, no es mas que una resultante necesaria de las fuerzas que la mueven en un sentido dado ó sea de los motivos que la determinan fatalmente? Tal es el viejo y árduo problema de psicología, problema que es fundamental y que mucho interesa á la sociología criminal.

Pero antes de proseguir, hagamos constar que la llamada alma humana no se divide naturalmente en *memoria*, *inteligencia* y *voluntad* ; que la memoria es solo una forma de la inteligencia, que no es posible separar la voluntad de la inteligencia, y que esa separacíon y distribucíon, como muchísimas cosas, no son conformes á la realidad de las cosas y las hacemos sólo para comodidad de nuestros estudios. *Adde* Carle, *La vita del diritto* pág. XXIII á XXVI.

Se ha dicho que la voluntad es la inteligencia en acción, porque la idea, como idea-fuerza, tiende á realizar-se. Que existen tres grupos de ideas : uno, en que el estado afectivo (su intensidad) es mínimo; otro, en que ese estado es moderado, de modo que la idea tiende á realizar-se sin violencia ni instantaneidad ; y el 3º en que la idea es sumamente intensa por estar acompañada de un exageradísimo estado afectivo, y se actúa, como acto reflejo, irresistible é inmediatamente.

De modo que, según la mecánica psicológica, todas las ideas serían *necesarias*, é irresistibles las que vienen acompañadas de un extraordinario estado afectivo. De que resultaria que todas las acciones serian necesarias ; porque cuando la idea es intensísima se hace tiránica, y anula el poder inhibitorio del espíritu, que se atribuye á la voluntad.

Veamos ahora cómo siguen discurriendo los deterministas para sustentar su doctrina é impugnar la del libre albedrío.

El órgano único del pensamiento, dicen, es el cerebro: sin él no son posibles las sensaciones, la

memoria, las voliciones, las ideas. Observan que los hemisferios cerebrales y las facultades intelectuales se desarrollan, se deterioran y destruyen paralelamente. Que el encéfalo se nutre de la sangre, que es un líquido cuya circulación y composición varia con la luz, el calor, composición y presión del aire ambiente, el estado eléctrico, los alimentos, etc.; y como la voluntad es una función del cerebro, esa función varia con la nutrición de ese órgano.

Asi, una mala digestión que exige mayor aflujo de sangre en el estómago, modifica mucho nuestras ideas y altera nuestra voluntad; la uremia, los ménstruos, provocan con frecuencia perturbaciones mentales, y la depresión nerviosa (neurastenia) puede llegar en ciertos casos hasta suprimir la voluntad; porque la voluntad, como la memoria, la inteligencia y cualquiera otra funcion del sistema nervioso central, puede extinguir-se. Las alteraciones ó anomalías de la voluntad, que no llegan hasta la locura ú otros estados intermedios, se manifiestan en las personas irresolutas, fantásticas, caprichosas ó impulsivas; y la voluntad es también alterada por la sugestión, y mucho mas por el hipnotismo. También, cuando se suprime la porción cerebral del encéfalo, desaparece el estado de conciencia llamado voluntad, como se ha comprobado en los pollos y gatitos.

Los centros nerviosos reflejan bajo forma de impulsión motriz la impresión sensitiva recibida del exterior bajo la forma de movimiento (ondulaciones sonoras; vibraciones luminosas, caloríficas; movimientos químicos — olores y sabores — y otros diversos); y las reacciones internas y externas varian al infinito.

La actividad mental, que no es otra cosa que un movimiento molecular, se realiza siempre en el seno de los elementos nerviosos. El trabajo cerebral es una cuestión de mecánica, una forma de la energía, y está demostrado que el pensamiento tiene equivalentes químicos, térmicos y mecánicos, y que la fatiga cerebral es de la misma naturaleza que la muscular. El cerebro, como el músculo, en su trabajo sufre un proceso de desagregación y reintegración moleculares. En todo proceso psíquico, parte de los eslabones de la cadena se nos escapa, porque no tenemos conciencia de gran parte de los fenómenos; y sin embargo estos

pueden ser los excitadores anónimos de movimientos, ideas y determinaciones conscientes.

La actividad psíquica vuelve como trabajo mecánico al seno del mundo exterior; al modo que en el teléfono y en el fotófono, la voz se trueca en electricidad y también en luz, para llegar al oido bajo la forma de sonido; pero, al fin de una série no interrompida de fenómenos mecánicos. La voluntad ès la primera manifestación de la corriente nerviosa centrífuga que va á producir el acto: una tendencia motriz resultante ó predominante : una tensión nerviosa intra-cerebral de dirección centrífuga determinada; y ella aparece en el momento en que la impresión recibida se transforma en acción mental. La voluntad es, pues, una mera resultante, que no tiene influencia alguna ni sobre la cohesión de los motivos determinantes ni sobre la deliberación; sino que mas bien depende de ellos; porque los sentimentos é imágenes tienden siempre á convertirse en movimentos.

De su inconsciencia de ciertos fenómenos deduce el hombre la inexistencia de ellos; y asi también, por no conocer todas las causas ó motivos que le determinan á obrar, se imagina que posee el libre arbitrio (Locke). Por esto, Kant ha podido decir, que si se pudiera penetrar bien á fondo en la manera de pensar de cada hombre y si los menores resortes y todas las circunstancias que influyen sobre él fueran conocidos, entonces se podria calcular con toda exactitud su manera de obrar futura, del mismo modo que se calcula un eclipse de sol ó de luna. Las acciones sugeridas por el hipnotizador y la sumisión de millones de soldados armados formidablemente á la voluntad de un hombre son hechos por demás sugestivos y elocuentes en favor del determinismo. Los deterministas concluyen estableciendo que el libre arbitrio se halla en contradicción con los grandes principios de causalidad y de conservación de la materia y de la fuerza. Que el carácter de un individuo — producto complejo de la herencia, de la educación, de los ejemplos y de la experiencia — y los motivos producen todas las acciones humanas.

Multitud de factores determinan las acciones todas, y como esos factores varian en cantidad y calidad, la voluntad viene á ser una resultante y existe realmente *una voluntad diversa para cada caso.* (Véa-se á Maudsley, *Crime et folie,* pag. 260).

La razón, mas bien que una mosca en la telaraña, viene á ser una esclava de los deseos, predisposiciones é instintos; y la *libertad* del hombre consiste en obrar segun su voluntad, sus gustos, sus inclinaciones, sus motivos; de modo que son libres las acciones, pero la voluntad no lo es. En otros términos no existe la libertad moral ó volitiva.

Si, pues, el hombre es un autómata, aunque de mecanismo complicadísimo y cambiente, — no hay mérito ni demérito ni responsabilidad.

Nadie puede escapar á la tiranía de su organización (Maudsley). *Cada uno hace lo que puede.* Esta desconsoladora conclusión no obsta á que al hombre sean imputables sus acciones y servirá para enseñarnos una cristiana tolerancia hacia nuestros semejantes y la necesidad de propender á su mejora para que su acción benéfica aumente hasta el máximum y su acción dañina se limite al mínimum. La pena será otro fuerte motivo determinante y concurre poco á poco á la morigeración de las generaciones.

De hecho, la concepcion del libre arbitrio no ha intervenido casi para nada en la represión de los delitos y la teoria psicológica de las acciones humanas no ha impedido que se repriman las que se consideraban como antisociales. Por el contrario, aquella concepción nos lleva á conclusiones inadmisibles; porque si el hombre sólo responde á causa de su libertad volitiva, su responsabilidad debe desaparecer con esta y disminuir á medida que disminuya. Asi, disminuyendo la libertad cuanto mas violenta es la pasión impelente, resultará necesariamente que cuanto mas bárbaro es el crimen, menor es la responsabilidad. A la lógica de esta conclusión no ha podido escapar el proprio Carrara (sabio criminalista) como puede verse en el § 318 de su Curso de Derecho Criminal y cuando dice que toda y cualquier pasión por viciosa que sea es siempre una atenuante (notas á los §§ 552 y 1330), aunque después tiene que reconocer que la pasión no debe de ser antijurídica, y ha de ser justa, siquiera en apariencia (§§ 381 y 1281 en su nota). Estas incoherencias del maestro son por demás sugestivas y forman una contraprueba de la falsedad del principio de que parte.

Por otra parte, siendo la enfermedad, la miseria, el hambre, el amor al lujo, la ociosidad y las demás pasiones los factores del vicio y del delito, es indudable que la difusión de la instrucción, de la educación, de la moralidad, de las instituciones de beneficencia y del bienestar, junto con medidas políticas contra el alcoholismo, la ociosidad, la repartición de las riquezas, & contribuirán, grande y poderosamente en la disminución de la degeneración de la especie y de la criminalidad. Esta es la gran conclusión á que nos lleva el estudio de los factores del crimen. Utopia nos parece la desaparición del crimen con que sueñan algunos escritores de talento, pero es indudable que el delito, como las enfermedades, tiene su higiene, y que si no es posible suprimir las dolencias del cuerpo y las acciones delictuosas, siempre inseparables de la miseria humana, es muy factible atenuarlas y disminuirlas notablemente.

El automatismo del hombre tampoco causará su desaliento, y servirá mas bien para hacerle mas modesto y al propio tiempo para alentarle, considerando que cuanto mas eduque su voluntad, cuanto menos imperfecto sea y menór sea su debilidad, dispondrá de mayores y variadas energías y mayores serán su valer, influencia y eficacia.

CAPITULO II

LA MORAL Y EL DELITO

Adde. art. 19 de la Constitución nacional

El delito es un hecho humano, cuya calificación difiere con los tiempos y sociedades; porque la moral y los intereses sociales han variado con ellos. El sentido moral que, permitiéndonos distinguir el bien del mal, nos marca las reglas de conducta á observar en relación á nosotros mismos y á nuestros semejantes, ha existido siempre y en todos los hombres? El es invariable, ó cambia y se perfecciona con los tiempos, los pueblos y su progreso? Si el bien y el mal no son cosas de valor absoluto, existentes objetivamente en la naturaleza; si es una noción relativa, subjetiva, que depende mucho de la apreciación particular, y si ésta varia con los tiempos, los pueblos y su progreso, se comprende que debió apa-

recer confusamente en el cerebro primitivo y hacer su lenta evolución á través de las edades, al través de las etapas de los pueblos en el camino de su progreso y civilización; al modo que varía con las diversas épocas de la vida de un mismo hombre.

Cierto que la moral de Confucio, Zoroastro, de Platón y de los estóicos griegos era muy avanzada; pero los griegos, los persas y los chinos mismos son pueblos de ayer comparados con los primeros habitantes de la tierra, y que la ética de esos legisladores supone nociones ya muy avanzadas en las letras y las artes. Bajo la presión persistente de influencias várias, se fueron formando hábitos morales, hábitos que transmitidos de generación en generación, concluyeron por constituir los instintos morales, que es lo que llamamos sentido moral. Por eso, en muchas circunstancias de la vida, dice un sociólogo, una voz interior, la voz de los antepasados, nos grita imperiosamente que hagamos esto y nos abstengamos de aquello.

Hoy mismo existen pueblos salvajes cuyos idiomas carecen de las palabras *justicia*, *falta*, *crimen;* muchos tienen las ideas morales rudimentarias ó extravagantes y algunos casi no tienen un lenguaje hablado y apenas es posible distinguirlos de los monos. Al principio, existe la moralidad indispensable á las transacciones ordinarias de la vida del clan ó grupo social; hasta que mas tarde, auxiliados de la experiencia, se ha podido hacer una apreciación mas justa de las acciones individuales en relación al interés general, y es así como, muy tardiamente, fueron apareciendo la bondad, la caridad, la humanidad, el respeto á la libertad de los demás, y demás sentimentos altruistas. I todavia le falta mucho camino que hacer, ya que las sociedades que mas se precian de civilizadas coonestan muchos actos inmorales y aplauden la conquista mediante el esterminio de naciones enteras! Tan grande es su egoismo, su avaricia y su crueldad! Vése tambien todos los dias que las mas bajas pasiones triunfan sobre los hombres honrados y nobles.

Una contraprueba de la relatividad de los sentimientos morales nos ofrece este hecho extraordinario de la historia del delito en las sociedades humanas, y es que no hay acción, por nefanda que sea, que en determinado pueblo no haya sido considerada lícita y hasta

meritoria. Así, en el Africa Oriental, según Burton, el robo constituye un acto honroso y un asesinato eleva al hombre al rango de héroe. En Timor se consideró muy natural que dos oficiales envenenasen á los maridos de sus queridas, porque eran hombres de media casta.

En la India antigua la muerte de un sudra por un brahmino era equiparada á la muerte de un animal.

Ya se sabe que muchos salvajes practicaban el canibalismo, la muerte de los ancianos y el infanticidio tan usado hoy mismo en China y en nuestras grandes capitales. En Judea se esterminaban pueblos enteros con cualquer pretexto. Mientras que por el contrario, convertian en delito los hechos mas inocentes: como matar un perro, una vaca, comer ciertos frutos con *tabú*, caminar en la sombra proyectada por un jefe, enterrar á los muertos ó cortarse el cabello de cierta manera !! Qué mas, si en nuestras sociedades civilizadas existian instituciones criminales, como la esclavitud que no fué condenada ni por Cristo ni por sus discípulos, se quemaban por millares herejes y brujas y se toleran hoy crimenes tan atroces como el exterminio de pueblos por la conquista, la seduccion de una señora, el duelo, el torno, la injuria á la memoria de los muertos, el *chantage*, la crueldad con los animales, los bárbaros placeres del toreo y de la caza etc.; sin contar con las guerras injustas, el juego desenfrenado, los fraudes comerciales y las explotaciones de los políticos!

CAPITULO III

QUÉ ES DELITO

Los principios que dejamos establecidos en los dos capítulos anteriores nos han allanado el camino que nos ha de llevar á la definición del delito; y al buscar su exacta definición entendemos referirnos al delito humano, que es la acepción universal, y prescindimos de los llamados crimenes de ciertos animales como las abejas, hormigas, etc. porque no tratamos ahora del derecho penal de los insectos.

El delito es una acción ó inaccion del hombre (acto positivo ó negativo), del hombre de cerebro normal,

que le permite deliberar el acto y realizarlo conscientemente. Esa acción ó inacción ha de ser injusta, es decir, *lesiva* del derecho de otro hombre ó del de la comunidad. La injusticia ha de revestir cierta gravedad, porque *de minimis non curat prœtor*, y la política penal exige que se escusen los procesos en tales casos, porque harian mas mal que bien.

No es fácil hacer una numeración exacta y completa de los derechos de la comunidad, ni fijar el contenido y la extensión precisos de tales derechos, y sólo arbitrariamente y pulsando la opinión pública, puede determinarse qué acciones ú omisiones injustas revisten bastante gravedad para autorizar una represión siquiera correccional; porque mientras los remedios civiles ó la prudencia mas ordinaria basten para la defensa del derecho, no será necesario el refuerzo de la pena para la protección del derecho. Por lo demás, desde que los derechos como la moral se transforman y progresan en la vida de la humanidad civilizada, desde que cada sociedad tiene ciertas necesidades que le son peculiares (*adde* Spencer, *Justice*, pags. 327 y 350) resúlta de toda evidencia que también se ha de transformar y progresar el concepto y sobre todo el contenido de la noción del delito; que esta noción es relativa y no puede darse un concepto estereotipado del delito natural ó absoluto, porque tal concepto no existe.

Se han propuesto tantas definiciones como penalistas hay; pero ninguna nos satisface. No es definir decir con Pessina qué el delito es *la negación del derecho*, porque todo acto injusto no es delito y así á la definición le falta la diferencia especifica, que caracteriza á ese acto injusto. Tampoco satisface la definición de Franck, según la cual, constituye delito cualquier ataque á la seguridad y á la libertad de la sociedad ó de los individuos; porque no se precisa el contenido de la palabra ataque y porque éste puede ser justo, y también porque la seguridad y la libertad no son los únicos derechos del hombre ó de la sociedad, ya que existen otros como los de integridad moral, propiedad, órden público, fé pública, etc.— Ortolan dice que el acto, para ser punible, ha de ser contrario á la justicia absoluta y su represión exigida por la conservación ó bienestar social. Esto no importa resolver el pro-

blema de la definición del delito y si sólo plantearlo, agravándolo con otro nuevo é insoluble, consistente en determinar el decálogo de la justicia absoluta (!). Para el sabio penalista *justicia absoluta* es sinónima de *deber moral* y comprende hasta el pensamiento inmoral. Herbert Spencer da esta fórmula de la justicia:

Todo hombre es *libre* de obrar á su gusto, con tal que no ofenda la libertad igual de cualquiera otra persona.

Según otros penalistas á formar la noción del delito concurren á un tiempo los motivos antisociales, la infracción de las condiciones de la existencia y la violencia contra la moralidad media de determinado pueblo en un momento dado. Los motivos antisociales constituyen una frase poco concreta, y otro tanto puede decirse de los dos restantes conceptos; pero es indudable que suministran gran parte de la materia prima del delito. Tambien, Spencer dice que es justo lo que tiende á la conservación de la especie, é injusto lo que es contrario á esa conservación y agrega que la preservación de la especie debe primar sobre la conservación del individuo.

Tenemos, pues, que el delito es un acto injusto y toda injusticia constituye un acto inmoral, y por esto las nociones variables de la moral y de la justicia entran como ingredientes en el concepto, también variable, del delito. Las tres nociones (moral, derecho, delito) evolucionan y progresan paralelamente en los pueblos. I á la verdad, naturalmente no existe propiedad ó es sólo muy embrionaria, la lucha es el estado normal ya que unas especies viven á costa de las otras, la selección sexual es la regla de los animales, y no aparecen los delitos contra la propiedad y la fidelidad conyugal, sino cuando tales instituciones fueron establecidas, no sin grande menoscabo de la selección.

Queda también establecido que *delito* es un acto positivo ó negativo, lesivo del derecho de otro hombre ó de la comunidad, realizado por un hombre de cerebro normal con deliberación y conciencia, y cuya injusticia reviste suficiente gravedad, á juicio de la opinión pública, para justificar su represión penal.

CAPITULO IV

DE LA RESPONSABILIDAD

§ 1.º *Ideas fundamentales*

La administración de la justicia es una verdadera necesidad de la sociedad, si el hombre ha de conservarse y progresar; de lo contrario sobrevendria el dominio de la fuerza, de la lucha y de la disolución. Sólo las relaciones fundadas en la justicia son duraderas y fecundas, porque el derecho es la fuerza específica del organismo social (Ardigó). *Fiat justitia ne pereat mundus*. La necesidad de conservación y de progreso autorizan á la sociedad y á cada socio, en su caso (*Adde* Scherma pág. 255 á 257) á reaccionar contra los actos injustos de los asociados, y son el verdadero fundamento y fin de las medidas adoptadas contra los autores de esos actos, ya sea impidiendo la comisión del delito, ya prendiendo al delincuente. Para adaptar el tratamiento á tales autores, necesita estudiarlos con la mayor atención, imparcialidad y ciencia, procurando discernir y separar al delincuente de cerebro enfermo, del delincuente de cerebro sano; porque los locos no pueden ser igualados en la terapéutica con los cuerdos, ni en imputabilidad ó responsabilidad (no hablo de responsabilidad moral), porque la coacción psicológica de la pena no obra preventivamente sobre ellos. A los locos será necesario curarlos y evitar que hagan daño á los demás y cuando hayan cometido hechos graves, tenerlos en manicomios criminales; que el derecho de defensa existe en el individuo como en la sociedad asi respecto á los cuerdos como en relación á los locos. A los cuerdos habria que someterlos à todas las providencias mas conducentes para evitar que reincidan, aislándolos, educándolos é instruyéndolos, a fin de sacar de ellos el mayor partido posible. Con los reincidentes habria que adoptar medidas mas severas. Todo, sin perjuicio de que los poderes públicos procuren suprimir en lo posible las causas de los diversos crimenes.

La reacción social debe constituir un mal inmediato, como seria una multa ó una restricción de la libertad, para que importe una coacción psicológica,

un motivo mas para abstenerse del delito; pues de otro modo, si la pena fuera un bien inmediato, constituiria un estimulo del crimen. Si los criminales han de ser tratados como los estudiantes internos, millares querrian ser pensionistas de las penitenciarias. Además de su eficacia especial, la pena tiene una general, aunque mas lenta, porque reforzando la conciencia popular contribuye á formar y fortalecer el sentido moral á través de las generaciones. La educación mejora hasta las razas animales!

§ 2.º *Evolución de la represión*

La raiz biológica de las ideas de derecho y justicia está, dice Letourneau, en el instinto de la defensa. En el animal el instinto reflejo se manifiesta como un resorte y entre los salvajes mas atrasados estalla instantánea y violentamente y se ejerce aún contra los objetos inanimados. Ciertos actos almacenados en los centros nerviosos acaban por constituir el instinto. Mas tarde, desarrollada la memoria, la reacción pudo ser diferida y nació la venganza, ó sea la reacciòn meditada; que con el andar del tiempo se propuso la reparación, en lo posible, del mal recibido. La venganza del individuo pasó á la familia, después á la tribu, contra el individuo culpable ó contra su tribu.

El talión de los hebreos y otros pueblos (ojo por ojo, diente por diente) sustituyó á los excesos de la venganza y fué sustituido por la composición ó el rescate de la sangre mediante el dinero ù otros valores. El hecho del castigo fué trocándose en derecho de castigar, y pasando á manos del monarca, que se llamaba delegado de Dios, se ejerció con gran crueldad. Aparecieron las penas *expresivas*, que han subsistido durante largos siglos: al ladrón, al blasfemo, al lujurioso se les cortaba la mano, lengua ó miembro con que delinquieron, al adúltero se le castraba, los incendiarios y los parricidas eran quemados, al falso monedero le cortaban la mano ó le hacian beber metal derretido y la infanticida debia permanecer 72 horas seguidas abrazando el cadáver de su hijito.

Nació, por fin, en los pueblos cultos la idea de la responsabilidad; aunque grandemente exagerada, ya que se procesaban gallos, cerdos, truchas, orugas y

langostas. La venganza privada, la pública, el talión, la composición y la responsabilidad son las formas sucesivas del derecho de castigar, y por eso existe cada una de esas formas en los diversos pueblos según el grado de atraso ó adelanto. En todas las legislaciones el fin práctico de la penalidad fué la defensa y conservación social ó la del derecho.

§ 3.° *Fundamento de la responsabilidad*

Si el hombre, como todo lo que existe en el universo, es determinado forzosamente, sin poder elegir su acción, no puede ser *moralmente* responsable ; pero lo es jurídica ó socialmente, por el mero hecho de ser autor del acto injusto que perturba la armonía social. La sociedad está en su perfecto derecho de evitar por todos los medios mas acertados la producción de los delitos, y si á pesar de todo se producen, adoptar todas las providencias para que no se reproduzcan y se eviten las reincidencias.

§ 4.° *Fundamento de la pena*

Entre las muchas instituciones calculadas para evitar los delitos y su repetición, en cierta medida, una de las mas antiguas y eficaces es la institución de la pena. El determinismo, lejos de hacer incomprensible la pena, mas bien la justifica ; porque, si la resolución de obrar en cierto sentido es una resultante de los motivos, si el hombre cuerdo es intimidable, nada mas lógico, que echar en la balanza de los motivos, el muy poderoso de la pena, que lleva también consigo el descrédito, para que se incline á no delinquir. Si la intimidación puede tanto que nos lleva hasta cometer un delito, con cuanta mayor razón no la tendrá para disuadirnos de su comisión ? Un ejemplo muy elocuente del poder de la sugestión y de la pena nos presenta el estupendo espectáculo de la disciplina de los grandes y poderosos ejercitos europeos. La pena tranquiliza y fortifica á los buenos, porque tiende á restabelecer el imperio del derecho perturbado por el delito, y ya queda dicho que uno de sus notables efectos consiste en la formación y robus-

tecimento del sentido moral en la humanidad. La pena debe ser justa en lo posible, adaptándola á la naturaleza del delito y á la maldad revelada por el delincuente.

§ 5.º *La pericia médica*

En los comienzos de la humanidad se consideró responsables á los animales y hasta á los objetos inanimados de la naturaleza, porque la imaginación todo lo personificaba. Se castigaba á locos y á brujas; pero á medida que aumenta la cultura y progresan las ciencias, ha ido creciendo el número de los individuos irresponsables.

Se ha exceptuado no sólo á los idiotas y dementes, sino á los monomaniáticos y á los epilépticos, siquiera en cuanto á los actos practicados baja el imperio de su psicosis; aunque se reconozca que muchos locos son capaces de preparar el delito, dándole una apariencia de premeditación, pero no pueden reaccionar contra la tendencia delincuente por tener como paralizada la voluntad que es la fuerza de inhibición ó control. Aun prescindiendo de la llamada locura moral y de la sugestión hipnótica, que no se hallan todavía bien establecidas en la ciencia, la irresponsabilidad puede deberse, á locuras transitorias causadas por la pubertad, los ménstruos, el embarazo, el alumbramiento, la menopausa, el sueño, el veneno, el alcohol, el ajenjo, las enfermedades infecciosas (sífilis, pulmonía, tifus, malaria, uremia, la piedra, la diabetes, gota, reumatismo, etc.) y hasta el ímpetu pasional justo. Es, pues, prudente y hasta necesario que el juez escuche el informe pericial médico antes de fallar respecto á la influencia excriminante ó atenuante que alguno de esos estados puede tener, y debe esperarse que la intervención é influencia del perito crezca á medida que la ciencia vaya progresando. Entretanto, no debe olvidarse que sobre muchos puntos la ciencia está en pañales y no se halla exenta de precipitación en sus conclusiones y á veces hasta de charlatanismo.

Por eso sus informes suelen ser con frecuencia tímidos, cuando no sibilinos. En todo caso, conviene estar en guardia para evitar la indebida laxitud á que suele llevar el predominio del interés individual.

CAPITULO V

§ 1.º *Circunstancias agravantes y atenuantes en general*

Estas circunstancias son de dos especies, *subjetivas ú objetivas,* segun que se refieran al carácter moral ó antisocial del delincuente ó á la naturaleza y efectos del delito; pero en realidad, las segundas son de ordinario una manifestación de las primeras. La temibilidad de un delincuente depende de todas aquellas circunstancias que determinan un caracter peligroso, inicuo y antisocial. Asi, bajo el punto de vista subjetivo, la criminalidad aumenta cuando en la preparación ó consumación se revela mas audacia y valor, mas inteligencia, astucia y energia corporal, ó mas premeditación; cuando los motivos determinantes sean deseos y pasiones mas perversos y peligrosos; cuando ha intervenido ensañamiento; cuando existen razones mas numerosas é importantes de observar la ley, ó los derechos agredidos por el delincuente sean mas numerosos ó mas imperiosos los deberes violados; cuando ha empleado un medio que tenga un peligro especial; cuando él es mas capaz de comprender toda la criminalidad del acto y su transcendencia; y cuando, es reincidente sobre todo después de castigado. (Compárese con el art. 92 del Cód. bávaro y Haus, ns. 820 y 851.) Bajo el punto de vista objetivo ó sea de la naturaleza de la acción, la criminalidad es mayor según la *gravedad* de la infracción ó de la importancia del derecho violado y la del daño causado ó que podia causarse (peligro); ó según la extensión del daño ó del peligro, y especialmente, por el mayor número de personas ofendidas ó perjudicadas, ó que podian serlo. (Vé art. 91 del mismo Cód.)

Por el contrario, la criminalidad del agente disminuye, cuando ha obrado arrebatado por una pasión mas ó menos justa, por una necesidad urgente, ó una perturbación intelectual, por amenaza ú orden, promesas artificiosas ó persuasión, por una ocasión imprevista que excitando sus deseos le haya arrastrado instantáneamente al delito; cuando el delito tiene su fuente en sentimientos puros y desinteresados; cuando no ha comprendido la gravedad de su acción criminal

y la transcendencia de ésta; cuando ha procurado evitar la consumación de su delito, impedir sus consecuencias ó reparar en el acto sus efectos perjudiciales y siempre que se arrepienta sinceramente, — Comp. Cód. bávaro, arts. 93 y 94 y Haus ns. 816 y 819 — La pasión no ha de ser injusta ó antijurídica y debe tener, por lo menos, una apariencia de justicia. Quedan así comprendidos las monomanias, la epilepsia, el sordo-mutismo, la embriaguez mas ó menos completa, la sugestión, la corta edad y el error.

§ 2.° *Justificación de las circunstancias agravantes*

Audacia, fuerza, astucia, premeditación

El que supera facilmente los mayores obstáculos ó dificultades, el que desafia los peligros ó demuestra una astucia especial en la preparación ó ejecución del delito es mas criminal y temible, porque revela una gran energia de caracter ó de fuerza ó gran sagacidad, calidades que le aseguran el éxito de sus empresas criminales. El que comete el delito con voluntad tranquila y reflexiva (lo que no excluye cierta emoción), es decir con *premeditación*, revela mas temibilidad, porque ese dolo intenso y seguro transparenta el fondo del carácter, la índole íntima del agente. La combinación anticipada de un proyecto, el cálculo y la medida de los medios de ejecución, dejando transcurrir un tiempo mas ó menos largo antes de ejecutar el delito, constituirá ordinariamente una prueba ó presunción de premeditación, pero el trascurso del tiempo no es esencial á esa circunstancia agravante.

A algunos les basta una breve reflexión para realizar el delito con la mas calculada maldad; mientras otros necesitarán meditarlo largamente, y ello depende del carácter del agente y de las circunstancias. El que encontrando á un viajero con una bolsa de dinero, resuelva al punto matarle, puede ser considerado (casi ?) tan malvado como el asesino que de tiempo atrás tenía tomada su determinación (Berner). Si á la fria reflexión, acompaña una calculada preparación de los medios, su criminalidad podrá acentuarse y aumentar, porque á la agravante de premeditación, unirá la de su traición, alevosía ó sagacidad y cálculo;

pero, repito, que la combinación del proyecto criminal y la larga preparación de los medios no es una característica de la premeditación y puede coexistir en los temperamentos impresionables con una causa productora de una profunda y duradera excitación (Comp. con Haus. ns. 360, 362 y 363). Sin embargo, algunos llaman delito *predispuesto,* mas no premeditado, cuando el intervalo de tiempo entre la determinación y la acción es brevísimo (Carrara § 1123) ; y es cierto que no consistiendo la premeditación en una intensidad fija de maldad, admite grados y puede presentarse mas ó menos acentuada, debido á la naturaleza del acto y á otras circunstancias subjetivas y objetivas.

Peligro y perversidad de los motivos

La criminalidad aumenta con la perversidad y el peligro de los deseos y pasiones que han determinado al delito. La pasión mas antisocial es el apetito del lucro ; y mas todavía cometer el delito por paga, es decir, por precio, promesa ó recompensa.

Por eso, el mas repugnante de los criminales es el asesino, el cual ocupa el puesto mas elevado de la escala penal, especialmente si ha empleado la traición ó la alevosía. Le sigue, el que mata para robar. La envidia es otra pasión ruin y desgraciadamente muy comun. *Si la envidia fuera tiña qué de tiñosos no hubiera,* dice un proverbio conocido. La cobardia ó el abuso de la fuerza ó superioridad. Se hallan en este caso el que busca uno ó mas auxiliares de su delito, porque la asociación aumenta mucho las fuerzas delictuosas, por el mutuo aliento, sugestión y contagio ; y es claro que la prepotencia é impunidad del delincuente ó delincuentes crecerá con su número, especialmente si es de gente armada. Lo mismo, los que cometen el delito, abusando de su superioridad manifiesta proveniente del sexo, de la edad ó de la fuerza muscular ó del carácter que inviste.

El abuso de una desgracia pública ó privada revela también sentimientos miserables ; y aunque en una medida menor, acusan bajeza de carácter, la ingratitud y el abuso común de confianza. El ensañamiento, que consiste en causar á su victima males innecesarios, revela la intensidad de las malas pa-

siones del agente (maldad, cinismo, crueldad) que muchas veces va hasta hallar complacencia en martirizar á su victima ó causarle los males mas irreparables.

Número y fuerza de los deberes violados

Si existian motivos mas numerosos y mas importantes de observar la ley, si los deberes violados eran mas numerosos é imperiosos, el culpable que comete el delito revela seguramente mas perversidad. Se hallan en este caso los delitos que ofenden al mismo tiempo los deberes especiales que la afeccion, la sangre, la amistad, el respeto, la subordinacion y el reconocimiento imponian al agente.

Peligro especial del medio empleado

Ejecutar el delito por medio de veneno, de hipnotismo ó de sustancias anestésicas, ó mediante descarrilamiento, inundación, incendio, explosión ú otros medios que puedan causar grandes estragos ó daños, á la persona objeto pasivo del delito, revela una maldad especial en el agente y es justo que aumente la criminalidad del acto; criminalidad que aumentará cuanto mayor sea el peligro para otras personas ó para sus propiedades.

Mayor comprension de la criminalidad del acto y de su transcendencia

Se ha dicho que el delito es una mala especulación, una torpeza, y ello tiene mucho de cierto, aunque las fortunas mal habidas arguyan que la regla tiene sus excepciones.

Por otra parte, cuanto mas se comprende la verdadera naturaleza del acto criminal y su transcendencia con respecto á si mismo y á sus coasociados, tiene uno mayor motivo para abstenerse de ese acto y revela, por consiguiente, una tendencia mayor al delito. Sin embargo, á nuestro juicio, ésta es la menor de las agravantes.

La comisión de varios delitos

Si los buenos antecedentes son un augurio importante para esperar el arrepentimiento y la no reincidencia, al punto de autorizar la institución reciente de la pena condicional, con tanta mas razón los malos antecedentes, la comisión sucesiva de delitos, sobre todo después de haber sufrido ya una condenación anterior (reincidencia), arguyen una mayor malignidad de carácter, es decir, un aumento de criminalidad y una tendencia á convertir en industria el delito. La sociedad puede mostrar cierta tolerancia y benignidad para quien incurso en el primer delito da señales ciertas de arrepentimiento; pero tiene que adoptar medidas especiales, sino mas severas, para los mas fuertemente inclinados al delito, especialmente para con los que, despreciando la verguenza y el mal de la pena, constituyen un constante peligro para sus coasociados.

Gravedad de la infracción y del perjuicio

Diga lo que quiera la teoria ética de ciertos penalistas — franceses especialmente — no es igual la criminalidad del que hurta una moneda de cobre que el que roba el tesoro del Banco de Francia; el que rompe el dedo meñique de la izquierda, que quien amputa los dos brazos y las dos piernas; el que envenena á un atorrante, que quien envenena á toda una población ó un ejército; el que quema un rancho miserable, que el que incendia la ciudad de Londres; el que mata á un moribundo, que quien estermina al joven lleno de vida. Asi, siguiendo los dictados del sentido común, casi todos los legisladores han comprendido que para apreciar la criminalidad se ha de tomar en cuenta no sólo la nativa perversidad del carácter en si misma, sino también y principalmente los daños inmediato y mediato realmente producidos, en otros términos, el perjuicio ó el peligro suscitado, y la alarma esparcida en la comunidad; porque si el delito es la ofensa injusta del derecho y los derechos concretos admiten división, cuanto mas importante sea el derecho ofendido ó mayor la ofensa del derecho agredido, mayor es el delito y la temibilidad del agente se aumenta con su eficiencia delictuosa.

Según Carmignani, la gravedad del daño *inmediato* depende de la mayor ó menor importancia del bien quitado por el delito; de la mayor ó menor reparabilidad del mal y de su mayor ó menor difundibilidad ó potencialidad. Pero no se olvide que nadie responde de las consecuencias de un acto consciente sino cuando podian ser previstas, y la gran diferencia entre el delito doloso y el culpable. A igualdad del daño inmediato, el *mediato* se aumenta, cuando se violan varios derechos,— porque como hemos visto, esto demuestra mayor maldad de carácter,— y cuando es menor la potencia de defensa contra ese delito, de modo que las precauciones ordinarias no basten para ponerse á cubierto de él. Se comprende que casi todas las causas que aumentan la criminalidad del agente (premeditación, astucia, audacia, fuerza, ensañamiento, asociación para el delito, medio peligroso) hacen mas dificil defenderse y aumentan, por consiguiente, la alarma ó mal mediato. La alarma proviene del temor de que el delincuente reincida ú otros le imiten, puesto que es sabido que el delito se imita y á veces propaga en forma de epidemia.

Ha de tenerse presente, por lo demás, que los elementos mismos del delito no pueden agravarle ó constituir agravantes; que ciertas circunstancias no agravan todos los crimenes indistintamente, y algunas son verdaderas atenuantes en ciertos delitos.

Cuando la circunstancia agravante es constitutiva del delito ó le acompaña casi siempre no suele computarse para el aumento de pena, porque se entiende que fué tenido en cuenta al establecerla — Vé á Carrara § 2095.— Asi, se consideran constitutivas del crimen: el parentesco en el parricidio, la premeditación en la falsificación, en la estafa y defraudación, hurtos y robos y en el infanticidio, porque interviene siempre ú ordinariamente, en forma mas ó menos caracterizada; el abuso de confianza en la apropiación indebida.

Tampoco puede estimarse separadamente la circunstancia que figura como constitutiva de otra, v. g. la astucia, el fraude; el fraude y aun el disfraz cuando concurren á caracterizar la premeditación ó todas estas y la traición misma, cuando vienen á constuir la alevosia.

En la apreciación de cada caso hay que abandonar mucho á la prudencia, experiencia y tacto de los ma-

gistrados, porque las agravantes no lo son en todos los delitos y varia su intensidad hasta llegar á ser indiferentes en algunos crimenes y aún constituir una atenuante ó eximente de pena. Asi, el parentesco próximo hace que no se castiguen los hurtos, etc. Asi la soledad del lugar ó la *nocturnidad* no agravan los delitos contra el honor ó las buenas costumbres, y la soledad mas bien disminuye la gravedad de un incendio. Pero estos inconvenientes no obstan á la enumeración de las circunstancias agravantes, enumeración de valor inapreciable en la administración de la justicia, que no siempre está deferida á los mas preparados.

§ 3.º *Justificación de las circunstancias atenuantes. Causas eximentes imperfectas.*

En general, cuando una causa eximente de responsabilidad ó imputabilidad no llega á su perfección y resulta menos plena ó incompleta por carecer de una circunstancia importante, no produce la irresponsabilidad del agente, pero disminuye su culpabilidad. Una causa eximente, aunque no incluya varias circunstancias ó requisitos,— como la locura, el cretinismo, la embriaguez,— puede tener sus grados y si no es completa ó perfecta debe obrar, á lo menos, como una atenuante de la criminalidad.

Pero, se discute mucho sobre si el monómano es absolutamente irresponsable ó si debe limitarse la irresponsabilidad á los actos criminales que se relacionan con su delirio parcial.

Otro tanto se discute respecto de algunos idiotas, degenerados y epilépticos.

El gran Julio César padecia del mal caduco y se cree que Molière, Pedro el grande y Napoléon primero eran también epilépticos; y aunque César y Napoléon eran unos desequilibrados y unos inmorales en su vida intima, sería ridiculo considerarlos como absolutamente irresponsables. Casi todos los médicos legistas, los legisladores y los juristas admiten la responsabilidad *parcial*, y el mismo penalista Berner que no acepta grados en la imputabilidad, admite que existen atenuaciones de culpa. Entre los impugnadores de la responsabilidad parcial se cita á Maudsley, pero este sabio alienista admite la responsabilidad atenuada para ciertos idiotas y para los afectados de la llamada locura moral (*Le crime et la folie*, pags. 66 y 171), aunque

afirma repetidamente que en la monomanía las apariencias engañan, la enajenación mental es *ordinariamente* mas profunda y mas extensa de lo que se supone y que cuando un delirio existe en el espíritu, por circunscrito que parezca su alcance, lo restante del espíritu no está ciertamente sano (págs. 203 y 20).— También es cierto, que los grandes códigos de Alemania, Hungria, Nueva York, Holanda, Zurich y Ginebra no admiten la semi-imputabilidad. En el famoso crimen de Villemomble, los medicos legistas Ball, Blanche y Motet, establecieron la responsabilidad parcial de Eufrasia Mercier, y en su informe dijeron sustancialmente esto: «En Eufrasia se encuentra, por « una parte, el tipo acabado de la inteligencia al servi« cio del crimen, y por otra, indicios los mas manifiestos « de enajenación mental. Por una parte existe misti« cismo, por la otra, persistencia y propósitos, *esprit « de suite*, buen sentido y aptitudes comerciales.» Los expresados médicos concluyeron por atribuir los actos criminales de Eufrasia á esa parte sana ó normal de su espíritu. I á la verdad, agregamos nosotros, si existen grados entre la mente sana y la mente enferma (y deben existir por la ley de continuidad, porque *natura non facit saltus*), como existen entre la completa salud y la enfermedad caracterizada, si existen la monomanía y la locura circular, parece lógico que la responsabilidad ó por lo menos la criminalidad tenga también grados ó periodos. De todos modos, una extrema prudencia se impone en estos casos y el ánimo se inclinará frecuentemente á la benignidad, como en todo caso de duda.

Embriaguez

Ya se sabe que la embriaguez tiene sus grados, como lo tiene la embriaguez de las pasiones: el espiritu empieza por perder su elasticidad y va tendiendo poco á poco á una especie de monomanía en que una idea ó un sentimiento tiende á prevalecer sobre los demás; sus sensaciones van poco á poco desligándose del mundo externo y va cayendo en la imbecilidad. Entonces, dice un escritor: los ojos están inmóbiles, como si fueran de vidrio, fijos y distraidos, en el vacío... Habla fuerte y responde fuera de lugar, porque no escucha bien ni su propia voz, ni la de los demás... En la

ebriedad *lívida* los dientes rechinan con un crujir que horripila. Los labios ennegrecidos expresan convulsivamente de vez en cuando una risa sardónica. El aliento exhala ese olor alcohólico especial y repugnante (Mosso). Entre la ebriedad plena y la parcial no existen confines precisos y su apreciación prudente se hará en cada caso especial, para averiguar hasta qué punto el alcohol ó el ajenjo impulsó al ebrio, debilitando el poder inhibitorio de su voluntad. Casi todos los criminalistas equiparan en sus efectos la embriaguez completa a la enfermedad mental y la ebriedad incompleta á un vicio parcial de la mente; los mas eminentes penalistas alemanes é italianos consideran como meros delitos *culpables* los cometidos en estado de embriaguez completa *voluntaria*, porque cuando es involuntaria se considera un caso fortuito y exime de toda responsabilidad. Respecto á la embriaguez *afectada ó premeditada*, si es parcial, no constituye causa de atenuación, si total, hace culpable el delito de comisión, y doloso el delito de simple omisión (Alimena).

Eximentes imperfectas

En caso de agresión ilegítima ó injusta de peligro inmédiato, la defensa es legítima y exime de responsabilidad, cuando no la ha provocado suficientemente quien se defiende y para repelerla ó impedir la agresión hubo necesidad racional del medio empleado; porque cuando falta la protección legal, oportuna y suficiente, le es permitido defenderse, porque todo de recho apareja la facultad de protegerlo, y al hacerlo realiza un acto de justicia social.
La provocacion puede no ser suficiente, ó bien pudo haberse empleado un medio menos peligroso, y en tales casos, si el agente no queda libre de responsabilidad y pena, la tendrá bastante más atenuada, especialmente si pudo invocar la turbación del momento ó el temor. Asi también, si la absoluta imposibilidad escusa una omisión, una extrema dificultad servirá de atenuante; y cuando la coacción física ó la amenaza ó la órden de un superior no tiene eficacia eximente valdrá á lo menos para disminuir la criminalidad.

Corta edad

Generalmente se admite que debe establecerse tres períodos en la edad: uno de irresponsabilidad absoluta, otro de responsabilidad plena y uno intermedio de responsabilidad atenuada, si resulta que se ha obrado con discernimiento. El primero termina á los 14 años (Austria, etc.) cuando más y á los 7 años cuando menos (Inglaterra, etc.) El segundo concluye á los 21 años (Congreso de S. Petersburgo) cuando más; pero el Código de Valais lo lleva hasta los 23 años, y algunas leyes del Digesto hasta los 25 (L 1ª §§ 32 y 33 tit. V lib. 29 y L. 37 tit. IV lib. 4). Difiriendo mucho el desarrollo de los niños bajo la triple faz, física, intelectual y moral, especialmente si son de diversos climas, no es posible fijar edades y ha de tenerse en cuenta el discernimiento del agente, estudiado en cada caso. El Código alemán llama *discernimiento* al conocimiento de la criminalidad del acto, pero existe completo desacuerdo respecto al contenido exacto de esa noción, y aqui puede repetirse *tot capita tot sententiæ*. Agregaremos solamente que, como las ideas y sentimientos son más ó menos claros, existen diversos grados en el propio discernimiento, y que cuando resulte establecida la índole malvada del jóven, su precocidad puede estimarse como un justo motivo de peligros y alarmas. La vejez y el sexo, cuando no originan una psicosis (locura senil, histerismo, etc.), no atenúan la criminalidad y sólo se tienen en cuenta para la aplicación de la pena. Asi, nuestro Código conmuta la pena de muerte á los menores de edad, á los ancianos de 70 años y á las mujeres y quiere que menores, mujeres y mayores de 60 años cumplan la pena de presidio en la penitenciaría (arts. 59 e 62).

El arrebato de las pasiones

Todo delito es hijo de una pasión, y si ésta atenuara el delito, porque ofusca mas ó menos la inteligencia ó paraliza mas ó menos nuestro poder de inhibición, las pasiones mas violentas suprimirian la responsabilidad, porque ciegan é impulsan violentamente al delito (Véa-

se lo dicho á este propósito en el cap. I) Si el propio agente es culpable de su ofuscación, si la pasión que le mueve es injusta ó antijurídica, lejos de atenuar su delito, lo agravará si es torpe y vergonzosa y tanto mas cuanto mayor bajeza ó crueldad revele (Vê § 1º de este Capit. I). Por el contrario, cuanto mas justificada aparezca una pasión, cuanto mas noble sea, mayor será su eficacia atenuante ; por eso, nuestra ley, atenúa tanto mas la responsabilidad cuanto mas ilícitas y graves son las ofensas recibidas y llega hasta eximir de pena al esposo que mata á su esposa adúltera ó vice-versa. Diremos, de paso, que cuando el legislador, al fijar la pena del delito, tuvo ya en cuenta una atenuante, como por ejemplo, las que intervienen en el infanticidio, carece de valor para autorizar una rebaja prudencial de la pena legal. Entonces, la atenuante constituye el delito, al modo que ciertas agravantes entran esencialmente en algunos delitos. Por ultimo, la miseria apremiante ú obra necesidad urgente debe, por lo menos, disminuir notablemente la criminalidad del acto. La seducción, mediante promesas artificiosas, la persuasión, asi como la ocasión imprevista que excitando los deseos arrastra instantáneamente al delito, pueden en algo minorar la responsabilidad, cuando se trata de delitos ligeros y no concurran motivos de agravación.

No comprensión de la gravedad del acto y de su trascendencia

Desde luego, el delito *preterintencional* (consecuencia mas grave no querida del acto criminal) se imputa siempre menos al agente, que el crimen que se ha producido con intención determinada ó indeterminada ; porque se ha querido producir un mal menor que el realmente causado y á nadie se debe responsabilizar *ultra intentum*. Asi sucede cuando se ha roto un alambre del telégrafo para utilizarlo en un cerco y esto ha originado un descarrilamiento.

Arrepentimiento y reparación

Cuando el agente ha procurado evitar la consumación de su delito, ó impedir sus consecuencias dañosas ó reparar en el acto sus efectos perjudiciales y

siempre que dé señales ciertas de sincero arrepentimiento, es de justicia y buena politica penal, disminuir la pena, porque disminuye el daño material del lesionado, y el arrepentimiento sincero autoriza á esperar que el agente no volverá á delinquir. Conviene asimismo estimular esos sentimintos, para facilitar el esclarecimiento del delito ó evitar en lo posible sus malas consecuencias.

CAPITULO VI

LA CULPA

En las almas viciosas el pensamiento, el deseo y la resolución criminales pueden ser casi simultáneos, pero otras veces la génesis del delito no es tan rápida é instantánea y el análisis descubre entonces diversas etapas en el pensamiento criminal. Primero es la idea del mal que cruza por la mente humana como relámpago siniestro, y tras vacilaciones ó no, se acaricia ese pensamiento y va brotando el deseo de realización y formándose la necesidad de satisfacerlo; se madura el propósito; la pasión crece hasta que la fascinación nos deslumbra, y viene entonces, la resolución ó determinación, momento en que la voluntad ha adquirido intensidad y energía suficientes para traducirse en acto delictuoso. El agente, se ha recogido en si mismo, ha formado su deliberación, y empujando siempre la idea que se hace mas afectiva y enérgica, tiende á realizarse en el mundo esterior. Esto es lo que constituye la *determinación* que suele manifestarse á veces por vociferación ó amenazas. Cuando la resolución no tiene suficiente intensidad, puede el delito quedar en tentativa, sin llegar á su consumación; mas cuando se tiene un cerebro predispuesto, debilitado, enfermo ó desequilibrado, lo que empezó por ser un mal pensamiento y la veleidad de un deseo, toma pronto cuerpo y llega á transformarse en acto monstruoso.

Los actos preparatorios del delito y la tentativa, mas ó menos remota ó próxima, el delito frustrado y el consumado son situaciones que muchas veces no ofrecen una delimitación precisa entre si, como se ve en los delitos llamados *sui generis* y los *for-*

males. Mientras no se llegue al delito tentado, pensamiento, deseo, designio, resolución y actos preparatorios, todo escapa á la ley penal, porque no causa daño ni alarma. Por el contrario, cuando la alarma se produce, se imputa al agente no sólo el dolo sino la mera culpa, negligencia ó imprudencia. Descartando el mal causado fortuitamente, que no se puede castigar ni causa alarma, por hallarse fuera de la previsión ordinaria del hombre ó se debe á una fuerza externa incontrastable, la culpa y el dolo, tan diversos como parecen á primera vista, presentan gradaciones y matices que van imperceptiblemente subiendo desde la culpa levísima al dolo determinado, solo ó acompañado de culpa.

Comete culpa, el que por negligencia ó imprudencia causa á otro un daño, daño que pudo ser previsto por un hombre diligente. La impericia en la propria arte ó profesión y la inobservancia de los reglamentos ó de los deberes de su cargo constituyen natural y respectivamente una imprudencia ó una negligencia. Se puede responsabilizar á todo hombre del daño involuntario que causó, por no haber procedido con la atención ó prudencia ordinarias; mas nó por una ligerísima negligencia ó sea con culpa *levísima*. Esta se aproxima demasiado al caso fortuito y estaria bastante reprimida con el resarcimiento civil del daño causado, porque no causando alarma alguna no estaria justificada la represión penal. En ciertos casos no podría distinguirse el caso fortuito de la culpa levisima ó esta última de la llamada *leve*, y por esto, la determinación del punto donde comienza la punibílidad de la negligencia (culpa leve) es fuerza quede abandonada á la prudencia de los magistrados. Por lo demás, es preciso que la culpa haya sido la causa eficiente, mediata ó inmediata, del mal causado, no bastando que fuera mera ocasión, ó condición. Cuando, abierta la puerta de un coche de tren, cae el niño que se apoyaba en ella y su padre se echa tras de él, muriendo en consecuencia, el empleado que cerró en falso la puerta será responsable de la lesión del niño, pero no de la muerte del padre, que sea dicho de paso, no mostró gran prudencia en dejar que el hijo se apoyara sobre la puerta de vehículo tan rápido. Lo mismo, la culpa en haber causado una perturbación mental no alcanza hasta responder de los excesos cometidos por el que sufrió esa perturbación.

La causalidad jurídica existe mientras que entre el hecho culpable y el resultado existe un nexo que hiciera *previsible* lo que no se previó, y cuando sobreviene un nuevo hecho, éste que no era previsible, viene casi á interrumpir y á romper aquel nexo (Pessina). Aunque la Corte de Casación de Nápoles responsabilizó al empleado del tren por la muerte del padre del niño, yo prefiero la doctrina de Pessina, porque aún en los delitos intencionales, el delincuente sólo responde de las consecuencias ordinarias de su acción. Véase á Haus ns. 297, 311 y final del 327.

Pero volvamos al examen de la gradación insensible que existe entre los diversos grados de voluntad criminal por culpa ó dolo. A la ligera inadvertencia ó culpa levísima sigue la mera inadvertencia, culpa leve ó culpa *sin previsión*, llamada asi porque pudiendo el agente prever la consecuencia dañosa de su acción ó inacción, no la previó, sea porque no comprendia la naturaleza y alcance de ésta ó que comprendiéndolo, no ha pensado en lo que podia suceder. En el primer caso hay inatención ó falta de previsión, mientras que en el 2º existe una irreflexión, aturdimiento ó falta de precaución.

Viene, en seguida, la culpa *grave*, *temeraria* ó culpa *con previsión*, que es mas grave que la anterior, porque, aunque el agente no haya querido la consecuencia dañosa, la ha previsto como posible, pero no se abstuvo de obrar ó no adoptó las precauciones necesarias para evitar el daño. Esta clase de culpa, llamada *luxuria* en el Digesto (L. 11 tit. IX lib. 47), toma el nombre de *culpa dolo proxima*, porque se acerca mucho al dolo *eventual*, pero no constituye dolo realmente porque le falta la intención ó propósito de dañar. Sin embargo, si la consecuencia dañosa era la que siempre ó habitualmente se subsigue al hecho temerario, la ley tiene que considerarla como un resultado querido por el agente. Cuando la imprudencia ha tenido consecuencias varias, pueden coexistir ambas culpas, la leve y la grave (Haus, n. 327).— Haus explica en el n. 314 lo que él llama dolo *eventual* y presenta como ejemplo el del individuo que descerrajó una arma sobre una persona que tiene otra á su lado ó en sus brazos, y hiere á la que no quiso ó lesiona á ambas. En qué posicion ó á qué distancia debe encontrarse la otra persona á fin de que se produzca

en lugar de un caso de culpa temeraria, uno de dolo eventual? Cuando se dirá que una consecuencia es ó no *habitual*? por qué se abandona aqui el deseo ó propósito malvado como característica del dolo? Porque la diferencia práctica entre esos estados del ánimo es muy corta y muchos delitos intencionales pasarian por meramente culpables, si al que hace fuego sobre un grupo de personas se le permitiera alegar que sólo quiso matar á Pedro. Así, la temeridad puede ser prácticamente mas dañina y peligrosa que el impetuoso dolo, porque constituyendo aquella una calidad permanente de carácter, los actos temerarios se repetirán con mayor frecuencia.

Pero varios sabios penalistas, entre ellos Feuerbach y Berner no ven en el llamado dolo *eventual* sino el concurso de dolo y culpa y el último de esos penalistas agrega que la *culpa dolo determinata* ha desaparecido ya de la doctrina y de las leyes.

Prevenimos que Berner llama *indirecto* al que Haus denomina *indirecto ó eventual*, y emplea esta última palabra como sinónima de *indirecto*; mientras que otros subdividen el dolo *indeterminado* en *alternativo* y *eventual*.

Otro caso — Pedro, creyendo haber muerto á Juan dolosamente, lo echa al agua para que desaparezca el cadáver, y después se averigua que Juan murió ahogado. Berner dice que en el homicidio consumado puede haber una negligencia, y que sólo la tentativa de homicidio es dolosa. Reputo sobrado sutil y benigna esta doctrina, puesto que Pedro quiso matar y mató, vale decir, que existen los dos elementos del delito, la voluntad y el evento homicidas. Verdad es que el dolo específico no es concomitante con el evento, pero tal concomitancia no es requerida por ninguna ley ó principio y no se verifica en muchísimos casos (Véase á Carrara §§ 79 y 1137 comparados).

Vengamos, ahora, al dolo *directo*, dolo que todos dividen en determinado e indeterminado y observemos desde luego que existe mas criminalidad en el primero que en el segundo, porque revela una voluntad malvada mas intensa y decidida, suponiendo, por supuesto, que el evento sea igual en ambos casos.

Así, el que se propone matar y lo consigue, es bastante mas criminal que el que se propone herir aún á riesgo de matar y mata efectivamente. En

ambos casos hay un homicidio doloso, pero el primer agente merece mayor pena que el segundo. También y por la misma causa de la mayor maldad, si uno y otro hirieron simplemente sin matar á sus agredidos, al primero se imputará una tentativa, mas ó menos próxima de homicidio simple ó calificado, mientras que el segundo sólo responderá de la lesión inferida; si ninguno hirió, la pena del segundo (si alguna le corresponde) será mucho menor que la del primero.

Es posible también, cuando la acción causa varios efectos, uno directo y otro indirecto, que concurran el dolo determinado y el indeterminado, al modo que pueden concurrir la culpa leve y la grave.

Agréguese que la intensidad del propio dolo determinado admite varios grados, que Carrara y otros dicen que son cuatro, pero que nosotros pensamos deben reducirse á dos y á lo mas á tres. Ellos son (1er grado) el dolo repentino que nace y obra al calor de una pasión, y (2º grado) el dolo premeditado, que como hemos visto antes, es siempre frio y mas ó menos rápido ó lento en el obrar. Entre estos estados, Carrara introduce dos intermedios, pero el dolo acompañado de voluntad refleja constituye un grado de premeditación, aunque se manifieste de improviso.

El 4º grado del dolo se hace consistir en la simple deliberación, en que si existe la perseverancia del mal deseo, no interviene la frialdad de ánimo. Como se vê, el agente obra en estado pasional, y aunque este estado dure mas, tal circunstancia no arguye precisamente una maldad mayor, ya que puede depender del temperamento especialmente impresionable del agente ó de la profunda impresion recibida á causa de la gravedad especial del la ofensa, ó de ambas causas á vez. En estos casos la agitación es mas ó menos duradera, sobre todo cuando es favorecida por el estado morboso del organismo, la calma tarda en volver y junto con la reflexión no se restablecen sino poco á poco.

Por último, el propio dolo premeditado, en que la ponderación de la reflexión puede manifestarse y caracterizarse por el agente respecto de las consecuencias y los mas lejanos efectos de la acción, adquiere odiosa calificación cuando el malvado astuto emplea el engaño y la traición.

Es posible, por lo demás, representar una acción delictuosa, productora de hechos diversos, en la que concurran la alevosía, la premeditación, el dolo simple determinado ó indeterminado y las culpas leve y grave, á la vez, lo que si bien sucederá rarísima vez, puede sin embargo presentarse en la práctica. Este grupo de delitos presentaria, á igualdad de pasión impelente y daño causado, el máximum de voluntad criminal.

RESUMEN

Reasumiendo lo dicho en éste párrafo, podria formarse la siguiente escala de responsabilidad, prescindiendo del caso fortuito y mera inadvertencia, que están exentos de represión penal:

Culpa leve ó *sin* previsión;
Culpa grave ó *con* previsión (temeridad, etc.) ;
Concurso de ambas culpas;
Dolo eventual (si le hay);
Dolo indeterminado;
Dolo determinado, pasional;
Dolo determinado, premeditado;
Dolo premeditado con astucia;
Dolo astuto con traición ;
El mismo dolo movido por el lucro ;
Concurso de dolo y culpa;
Concurso de dolo y ambas culpas;
Concurso de varios dolos y culpas.

Buenos-Aires, marzo 17, 1900.

LISANDRO SEGOVIA.

DIREITO PUBLICO

These XIII

DISSERTAÇÃO APRESENTADA

PELO

Dr. Arthur Pinto da Rocha

Delegado do Exm. Sr. Presidente do Rio Grande do Sul

DIREITO PUBLICO

Primeiro jury antigo

Dada a diversidade de caracteres que a instituição do jury apresenta nos paizes que a teem adoptado, quaes desses caracteres podem ser assignalados como essenciaes?

CAPITULO I

ORIGEM MOSAICA

« Moïsé, le premier, a proclamé un code de lois « imposant aux forts le devoir, soit volontaire, « soit forcé afin que les faibles jouissent de leurs « droits naturels. »

Alex. Weill — Vie, doctrine et gouvernements authentiques de Moïse, pag. 329.

« Quand on affecte aujourd'hui prétention de « connaître la filiation des idées juridiques, il ne « suffit pas de prendre pour point de départ Rome ou « la Grèce. Il faut remonter bien au delà du Capitole « et du Parthénon jusqu'aux legistations admirablement combinées de l'Egypte et de l'Asie. »

Thonissen — Histoire du droit criminel des peuples anciens — Préface, IX.

Uma instituição social não é producto de um capricho momentaneo, resultado de simples circumstancias occasionaes ou de uma reacção : ao contrario, é a formula do estado psychologico de um povo, a resultante das suas aspirações, a expressão realista das suas necessidades e dos seus costumes. [1]

Indagar a origem e o fim de uma instituição equivale a interrogar a chronologia das primeiras edades do mundo.

Recolhidos os factos que são outras tantas manifestações concretas da idéa commum, o observador acompanha a sua marcha progressiva atravez dos seculos.

[1] Fernand Gineste — Essai sur l'histoire et l'organisation du Jury criminel en France et dans les états modernes, pag. 1.

Depois de se ter affirmado pelo costume, a idéa, torna-se lei positiva, modifica-se, culmina o seu apogêo, envelhece e dá origem a novas deducções, obedecendo assim á lei da evolução que rege não só as forças da materia, mas tambem as concepções do espirito.

A unidade desapparece á primeira vista, mas a idéa-mater conserva-se sob todos os symbolos, perpetua-se atravez da variedade morphologica de accordo sempre com as doutrinas de cada seculo e de cada paiz. [1]

Nestes conceitos de Fernand Gineste e de Bendant fundamentamos o nosso estudo sobre a instituição do Jury, suas origens, historia, caracteristicos essenciaes e valor juridico.

Para conhecer e determinar os caracteres viceraes da instituição do Tribunal popular, necessitamos indagar a sua origem e remontar ás primeiras edades humanas. Desceremos portanto à investigação historica, á origem prisca dessa instituição, para distinguir e destacar os seus principios substanciaes, das formalidades processualisticas, daquelles symbolos diversos, sob cujas formas a idea-mater de que nos falla Gineste se perpetua atravez dos tempos, das transformações e das doutrinas sociaes e politicas de cada povo e de cada seculo.

E' muito além do Capitolio e do Parthenon e não nos Heliastas e Dikartas gregos como pretende a corrente hellenista que nós procuraremos a origem da instituição.

As leis de Moysés, ainda que surbordinando o magistrado ao sacerdote, foram, na antiguidade, as primeiras que interessaram os cidadãos nos julgamentos dos tribunaes. [2]

Muito antes, portanto, de, na Grecia antiga, ser chamado o povo para decidir todas as grandes questões judiciarias, em plena praça publica, no exercicio da justiça atheniense, antes da constituição desse tribunal, que era composto de cidadãos escolhidos entre os que todos os annos a sorte designava para julgarem collectivamente ou divididos em secções, muito antes

---

[1] Bendant — De l'indication de la loi pénale dans la discussion devant le Jury, pag. 12.

[2] F. Gineste, Op. cit. pag. 14.

da existencia desses juizes populares, aos quaes, como requisitos eram apenas exigidas a edade de trinta annos, reputação illibada e quitação plena do thesouro publico; muito antes do apparecimento desse tribunal de pares, já o Deuteronomio, o Exodo, o Levitico e os Numeros, na formosa e simplice linguagem do direito mosaico, nos fallam do Tribunal Ordinario, do Conselho dos Anciãos e do Grande Conselho.

Na velha legislação mosaica encontramos nós o fundamento e a origem da instituição do jury.

Evidentemente, pela legislação hebraica do grande propheta, cuja assombrosa intellectualidade mais avoluma, á medida que o decorrer dos seculos a separa da civilisação moderna, cuja anatomia de gigante o genio de Miguel Angelo perpetuou na dureza inextinguivel do marmore, nem o tribunal ordinario, nem o Conselho dos Anciãos das cidades tinham a mesma organisação do nosso tribunal popular, que é o fôro commum do crime.

Entretanto não é menos verdadeiro tambem que, tanto na tradição oral como nas leis escriptas do povo hebreu se encontram o principio fundamental da instituição, os seus caracteristicos essenciaes e a sua processualistica.

Muitas, senão todas, das disposições de lei referentes á constituição do tribunal popular, e que ainda hoje presidem á sua formação, eram conhecidas dos hebreus, fielmente observadas, mesmo antes de reduzidas á forma escripta dos cinco livros que as perpetuaram pelo tempo fóra.

A's transformações que se operaram, desde essa epocha recuada da vida da humanidade, em todas as instituições sociaes, não podia furtar-se aquella que dizia respeito á distribuição da justiça e que entendia com a honra, a vida e a propriedade.

Atravez dessas modificações a que a lei da evolução sujeita todos os phenomenos da existencia, sob os variados aspectos dos symbolos e formas que a mezologia, as vicissitudes sociaes e politicas, o lento decorrer dos seculos, renovam, sem cessar, o principio organico, o pensamento fundamental, a idéa — mater conservam-se e perduram até os nossos dias.

O revestimento externo póde affectar a fórma do jury escossez, a apparencia do scabinato germanico, a processualistica corrompida da *cour d'assises* fran-

ceza, a complicada orthopedia do jury federal brazileiro, a lithurgia actual que lhe reservou a legislação da Republica anglo-saxonia dos Estados Unidos da America do Norte, ou a simples organisação que lhe deu a lei rio-grandense.

Mas nessa longa travessia de seculos, nessa peregrinação immensa e dolorosa pelos dominios de todas as civilisações e por estranhas e oppostas sociedades, idéa e fórma, instituição e processo sossobram e desapparecem em alguns povos, como na Hollanda, como na Turquia, na Dinamarca, na Russia, na Hespanha e em treze cantões da democratica Suissa.

Em todo caso, porém, entre os hebreus encontram-se os primeiros vestigios da instituição popular julgadora; esses vestigios accentuam-se, passam á leve generalidade do esboço. perduram pela tradição oral, adquirem a consistencia das leis escriptas, assumem logar proeminente na contextura do Pentateuco, caracterisam uma civilisação, perpetuam-se, transformam-se, renascem, fertilisam em novas sociedades, resistem á violencia das revoluções e aos embates da reacção, chegam aos tempos modernos e incorporam-se aos codigos das nações cultas.

Como principios fundamentaes do Tribunal Ordinario ou do Conselho dos Anciãos, Moysés estabeleceu sómente o sorteio para a escolha dos juizes e julgamento dos cidadãos pelos pares e o predominio da consciencia do julgador sobre quaesquer provas.

Na sua processualistica encontram-se regras, e principios, e formulas que ainda hoje são adoptados pelos codigos civilisados, como formalidades que revestem a instituição do jury.

A informação rigorosa para elucidação da causa antes da pronuncia e do plenario, a publicidade dos debates, a liberdade de defesa do accusado, a verificação da identidade, a inquirição das testemunhas quer contrarias, quer favoraveis, o resumo dos debates pelo juiz presidente, a votação dos jurados, as recusações motivadas, a appellação, a revisão são formalidades e garantias do direito moderno que já eram conhecidas dos hebreus e por elles religiosamente respeitadas.

O papel que esse povo extraordinariamente notavel representou na historia da humanidade é immenso.

O christianismo e a religião de Mahomet devem ao mosaismo os seus principaes elementos.

Não houve systema politico fundado depois da queda do Imperio romano que não procurasse haurir seio no das instituições mosaicas um pouco da energia que distinguiu esse grande povo.

A sua originalidade tão caracteristica e a sua força tão poderosa são os productos das obras e das concepções do seu genial legislador.

Moysés, um dos homens mais prodigiosos da antiguidade que pensou e que cimentou com o seu genio toda a grandeza futura do seu povo, fez da egualdade politica o principio da sua theocracia. [1]

A sua influencia domina todas as epochas subsequentes e, apezar da critica severissima de Voltaire contra Moysés e seus discipulos, é necessario, como pretendia Montesquieu, esclarecer as leis pela historia e a historia pelas leis, porque a verdade historica não póde subordinar-se ás imposições do preconceito.

Aquella grande obra, sempre subsistente, ainda hoje denuncia o immenso espirito que a concebeu e executou; e emquanto a orgulhosa philosophia ou o partidarismo cego não veem no propheta hebreu mais do que uma vulgaridade feliz, o verdadeiro politico admira naquellas instituições o extraordinario engenho que presidiu á sua fundação. [2]

Cada uma das leis de Moysés offerece thema para vastissimas e profundas cogitações; feitas para dominar o espirito nacional nas mais insignificantes modalidades e para serem, como elle repete frequentemente, as leis eternas, abrangem no largo ambito da sua extensa orbita, as mais elevadas combinações da ordem social e as menores minudencias da vida domestica.

Esse vasto systema de instituição não foi obra de um momento.

O legislador addicionou-lhes aquillo que as circumstancias reclamavam, e, antes da sua morte, quiz ligar para sempre, a nação hebréa á constituição politica que lhe havia dado. [3]

---

[1] Aignan — Histoire du Jury — pag. 20.

[2] J. J. Rousseau — Contract Social, Liv II, Cap. VII.

[3] Herder, Philosophie de l'hist. de l'humanité, tr. de Quinet, vol. II, pag. 375.

Com essas instituições que o Pentateuco fez chegar até os nossos dias, Moysés, que foi um legislador de espirito mais elevado do que Manú e Zoroastro, que com mais profunda intelligencia comprehendeu a vida e as suas relações, que mais intimamente conheceu a sua patria e as tendencias do seu povo, [1] imprimiu-lhe o caracteristico que o distinguiu e que o celebrisou na historia da humanidade.

E a politica, depois de ter percorrido um espaço immenso sob a direcção poderosa da lei do progresso, cedendo á força irresistivel do genio, volveu, em parte, ás concepções do legislador propheta impondo-lhes apenas as modificações necessarias para adaptal-as ás exigencias do tempo, do meio, dos costumes e para applicar á generalidade o que Moysés pudera prescrever simplesmente para o particular. [2]

Pois bem; é nessa grandiosa obra do espirito humano, nesse labor titanico do genio mosaico, nessas instituições do antigo povo, proclamadas nas solidões da Arabia que ainda hoje conservam a memoria perenne na extensão nostalgica dós seus desertos e na voz eterna dos seus ventos, é nessas instituições com que Moysés cimentou o berço commum da humanidade inteira que nós filiamos a origem remota da instituição do Jury, para determinar os caracteristicos essenciaes que a devem distinguir.

O que foi, nessas eras recuadas, o Conselho dos Anciãos funccionando á sombra das arvores, é hoje o Tribunal do Jury: o julgamento do cidadão pelos seus pares.

O direito de vida e de morte residia na nação; só a esse Conselho que em todas as cidades era a cabeça do povo pertenciam a attribuição e o direito de pronunciar sentenças que envolvessem a pena capital: cabia-lhe o julgamento dos crimes passiveis de morte civil ou real.

Mas o legislador propheta não fixou o numero de membros que deviam compor esse Conselho.

Como condições essenciaes os livros sagrados prescreviam apenas que o accusado fosse julgado aos

[1] Ahrens, Histoire générale du droit, 2e vol, pag. 94.

[2] Salvador, Histoire des Institutions de Moïse, pag. 60, vol. 1o.

olhos do povo, pelos seus Anciãos, isto é, pelos seus pares, pelos seus eguaes, os mais sabios, os mais habeis, os mais honestamente conhecidos, designados pela sorte.

As regras do processo criminal estabelecido no direito mosaico são as seguintes: publicidade ampla dos debates, liberdade de defesa ao accusado, garantias contra o perigo do falso testemunho, nullidade do depoimento de uma só testemunha e, como consequencia indeclinavel, necessidade de duas, pelo menos, contestes, para a condemnação.

O accusado de um crime era immediatamente detido até o julgamento definitivo sem interrogatorios occultos ou secretos.

As recusações existiam, sim, no direito mosaico, mas tão sómente as motivadas, se bem que os motivos admittidos fossem innumeros; quanto ás peremptorias, eram desconhecidas ou não permittidas.

E' essa, para nós, a origem vetusta da instituição do jury. De todas as instituições humanas a do julga mento pelos eguaes, pelos pares, parece a mais antiga.

Na origem das sociedades, quando se formaram as primeiras reuniões de homens, com a constituição da familia; quando as difficuldades começaram a surgir, os contendores entre si designavam arbitros que dirimiam as pendencias.

Foram esses os primeiros juizes. As decisões assim pronunciadas constituiam o julgamento do cidadão pelos cidadãos.

Mais tarde, com o decurso dos tempos, a instituição se desenvolveu. Foram prescriptas as suas regras fundamentaes e appareceu uma organisação mais perfeita. O processo modificou-se com os povos, com os usos e costumes, com as vicissitudes politicas e sociaes. Mas o principio conservou-se sempre o mesmo.

Deixando de parte as instituições dos antigos povos da India, do Egypto, da Assyria, assignalaremos, de passagem, que os Phenicios e Carthaginezes tinham um collegio de juizes em numero de cento e quatro, encarregado de todas as questões civis. Quanto á justiça criminal, era ella exercida por delegações analogas ao Jury. [1]

---

[1] Arbinet — Le Jury criminel, son organisation, VI.

Em relação á obra judiciaria de Moysés, sendo, como é realmente, admiravel, convém estudal-a com cuidado, sobretudo em relação ao Conselho dos Anciãos que nós consideramos os jurados de Israel.

Entre os Hebreus, como em todos os povos da antiguidade, os Anciãos exerciam uma grande autoridade e eram objecto de muito respeito e de immensa consideração, segundo affirmam Job, Homero e Herodoto. [1]

Tinham uma poderosa influencia sobre os juizes populares de quem eram conselheiros naturaes. Nas cidades exerciam funcções municipaes e eram egualmente escolhidos para formação de uma especie de jury que decidia das causas crimes. [2] Mais tarde a palavra Ancião tornou-se um titulo conferido áquelles que por nascimento, fortuna, intelligencia, ou virtudes soubessem distinguir-se nas cidades ou nas tribus.

Segundo as leis de Moysés ao povo impendia a obrigação de escolher os seus magistrados. Todas as cidades deviam possuir um desses tribunaes em constante exercicio.

Só podiam ser admittidos ás funcções de juizes os homens probos, imparciaes, incorruptiveis, qualquer que fosse a posição que occupassem. [3]

Os tribunaes tinham a sua séde e funccionavam na praça publica e ás portas das cidades. A publicidade dos debates, gratuidade das funcções de juiz e prohibição absoluta para estes de acceitarem das partes interessadas qualquer insignificante offerenda eram as garantias que a lei mosaica julgava sufficientes para a boa distribuição da justiça. [4]

Não havia outra prova nas questões criminaes, senão o depoimento verbal das testemunhas insuspeitas, que sob juramento e em numero de duas, pelo menos, deviam declarar que tinham visto commetter o crime. [5]

---

[1] Munk — Palestine — Description géographique, hist. et archéol., pag. 193.

[2] Deuteronomio, XXI, 19 ; XXII, 15 ; XXV. 7. Munk, op. cit., pag. 193. Job, XII, 12 ; XV. 10 — Biblia, trad. port. do P. Ferreira de Almeida.— Nos já edosos está a sabedoria e na largura dos dias, o entendimento. Tambem entre nós ha velhos encanecidos e edosos mais antigos que teu Pae.

[3] Deuteronomio, XVI, 18-20; Bib. cit.

[4] Id. XVI, 19; XXVII, 25.

[5] Munk, op. cit., pag. 219.

A séde dos tribunaes, onde os cidadãos, entre si, tratavam de todos os negocios mais importantes, era a porta da Cidade. Este vocabulo *porta* na Biblia tem a mesma significação, para os hebreus, que a palavra *forum* para os romanos.

Julgar e ser julgado formavam, tanto nas primitivas leis escriptas como tambem na legislação tradicional, o direito imprescriptivel de todos os hebreus. As excepções estabelecidas a este principio e que ainda hoje se conhecem foram o resultado do despotismo em que se precipitaram os Israelitas. No Egypto sómente os da primeira casta interpretavam as leis e dellas tomavam conhecimento.

Em Roma o patriciado teve por muito tempo entre as suas attribuições tudo quanto se referia á justiça. Entre os Israelitas, desde o principio, desde a origem do povo, todos os cidadãos tinham esse direito e gosavam dessa regalia. [1]

A Lei estabeleceu tres especies de tribunaes — o tribunal ordinario, o pequeno conselho dos anciãos das cidades e das tribus, e o Grande Conselho de Israel ou da Nação, funccionando como alta corte de justiça.

O Tribunal ordinario compunha-se de tres membros; cada parte escolhia um e os dois eleitos escolhiam o terceiro. O Exodo determinava que fossem estabelecidos juizes em todas as cidades. [2]

A mais leve suspeita de amizade ou inimizade era motivo sufficiente para impedir o exercicio das funcções de juiz. A jurisprudencia de Moysés estabelecia disposições interessantes que convém examinar.

Uma das partes declarava que era seu desejo ser julgada por tal juiz, a outra manifestava a mesma vontade em relação a tal outro; os dois juizes, assim designados, a seu turno nomeavam um terceiro. Todavia cada uma das partes tinha o direito de recusar o juiz escolhido pelo seu adversario, comtanto que motivasse a recusação, sobre parentesco, inimizade ou outra razão poderosa.

---

[1] Salvador, op. cit., pag 369,370; Arbinet, op. cit., pag VII.

[2] Exodo, XXI, 6,22; XXII, 8, 9.

O julgamento devia ser feito de facto; os juizes para exercerem as suas funcções sujeitavam-se á ceremonia da imposição. O chefe da assembléa collocava-lhes publicamente as mãos sobre a cabeça e conferia-lhes o direito de. decidirem a causa. Não era indispensavel que os tres membros do tribunal assim fossem investidos das suas funcções; bastava que um delles se submettesse á solemnidade.

Esse tribunal dos tres occupava-se de todas as questões e de todas as causas de interesse particular. Conhecia do roubo, do deposito contestado, do thesouro achado e disputado, de certas offensas aos costumes e de uma multidão de pequenos assumptos que deveriam pertencer ao direito sagrado, taes como a importancia dos dizimos, avaliação dos objectos votados ao culto religioso e muitos outros, recebia os juramentos e condemnava ás penas de multa e de azorrague.

Cada parte tinha o direito de defender-se e accionar directamente ou de constituir defensor que tinha o nome de *Baal-rib.* [1] A decisão de dois juizes contra o terceiro resolvia a contenda; quando se dava a opposição de dois juizes e o terceiro respondia simplesmente:— *nescio*— eram escolhidos dois novos juizes que substituissem os primeiros, em seguida outro. dois e assim até que se obtivesse a maioria necessariae

Em todo o caso, porém, era admittido o recurso dappellação para o pequeno Conselho dos Anciãos da cidade e para o Conselho Superior; o direito hebreu, neste ponto, encerrava disposições particulares, se bem que muitos autores acreditem que ás partes não cabia a faculdade de appellarem, fundando-se nas sufficientes garantias que offereciam a constituição dos tribunaes e os deveres impostos aos juizes antes de se pronunciarem. Mas as palavras de Moysés, invocadas em favor desse modo de vêr, não traduzem a intuição do grande legislador em retirar ao seu povo um gráo superior de jurisdicção; tinham em vista tão sómente proporcionar-lhes justiça prompta e rapida. Depois do Conselho de Jethro ficaram então perfeitamente estabelecidas as jurisdicções superiores pela formação dos tribunaes de decuria, centuria, de modo que os juizes

[1] Salvador, op., cit. pag. 359, vol. I.

ordinarios julgavam as pequenas causas, enviando a Moysés todas as grandes questões. [1]

> « Escolhe, diz o sogro de Moysés, d'entre o povo, homens firmes e de coragem, tementes a Deus, amigos da verdade, e que sejam inimigos da avareza, dá-lhes, a uns a direcção de mil, a outros de cem, a outros de cincoenta, a outros de dez homens.
>
> Que elles se occupem sómente da distribuição da justiça entre os homens, em todos os tempos; e que reservem para ti as grandes questões; e que julguem sómente as mais insignificantes; assim esse peso que te sobrecarrega tornar-se-á mais leve, sendo partilhado por outros.» [2]

Segundo affirma o historiador Joseph, citado por Salvador, [3] escolhiam-se em cada cidade sete homens de provada virtude, habeis e sabios de negocios referentes á justiça. As sentenças proferidas por estes magistados eram executadas, salvo o caso provado de se terem deixado corromper por dadivas ou quando fosse manifesta a injustiça do julgado. Se os juizes tinham difficuldade em decidir certas questões, como acontece muitas vezes, deviam, sem opinar sobre ellas, leval-as a Jerusalem, onde o pequeno Conselho tomava conhecimento do caso em gráo de appellação, havendo ainda recurso para o Conselho Geral da ultima decisão proferida. [4]

O segundo tribunal, o Conselho dos Anciãos das Cidades, conhecia de todas as questões em que se tratasse de interpretação das Leis. Nos casos difficeis era reclamada a opinião do conselho central e do Grande Sacerdote.

Como o direito de vida e de morte residia, na Nação, só este Conselho, que em cada cidade formava a cabeça do povo, tinha direito de pronunciar a pena

---

[1] Exodo XVIII. 22,23 — Quidquid autem majus fuerit, referent ad te, et ipsi minora tantum modo judicent.

[2] Salvador, op. cit., V.I, pag. 360.

[3] Idem, op. cit. V.I., pag. 361.

[4] Selden, — de Synedriis, pag. 18 e 19.

capital; por conseguinte todas as causas que implicassem a morte civil ou real eram da sua exclusiva competencia.

O legislador não fixou o numero de membros do tribunal, exigindo apenas que o cuidado de julgar fosse confiado aos mesmos anciãos que exercessem o encargo de administrar: limitou-se a estabelecer como pontos irrevogaveis de direito e portanto como caracteristicos essenciaes da instituição que o accusado fosse julgado aos olhos da Nação pelos anciãos que a sorte designasse.

A jurisprudencia foi que se encarregou de elevar o numero a vinte e tres, dos quaes onze deviam pertencer a profissões diversas, afim de poderem ministrar informações detalhadas quando assim fosse mister.

O que ahi fica escripto não é uma supposição infundada; toda a processualistica criminal de Moysés assenta em quatro regras que podem ser synthetizadas nestas palavras: informação rigorosa, publicidade dos debates, liberdade de defesa do accusado, garantia contra o perigo dos falsos testemunhos; como principios irrecusaveis de direito para fundamento da instituição do tribunal julgador: escolha dos juizes pela sorte, julgamento do accusado pelos seus pares. [1]

Uma passagem bem conhecida, um principio perpetuamente reproduzido nas escripturas hebraicas, resume já as duas condições de liberdade e de publicidade. Jehovah, o Eterno, apresenta-se como um espirito de extremado adepto dos debates contradictorios:— *Discutamos, discutamos juntamente e em plena publicidade, exclama elle, em todas as circumstancias debatamos os nossos direitos.* [2]

Assim, pois, a liberdade e a publicidade dos debates ficavam para sempre garantidas entre os homens.

Conforme a lei dispunha, uma só testemunha era nulla; tornavam-se necessarias, pelo menos, duas que houvessem assistido ao facto. Todo aquelle que denunciava um criminoso era conduzido á presença dos Sacerdotes e dos juizes afim de jurar deante do Eterno que dizia a verdade,

---

[1] Salvador, op. cit. Vol. I, pag. 365.

[2] Idem, op. cit. Vol. I, pag. 365.

Neste caso os juizes tomavam informações exactas e, verificado o falso testemunho, o imprudente denunciante soffria a pena que deveria ser applicada a quem denunciara e cuja honra havia posto em perigo de humilhação.

Os debates entre o accusador e o accusado tinham logar na presença de toda a assembléa do povo.

Quando o réo era condemnado á morte, a lei obrigava as testemunhas a desfecharem-lhe os primeiros golpes: o legislador não confiava muito nas provas oraes pelo debate e por isso projectava para esse ponto toda a sua attenção, exigindo das testemunhas essa prova que era considerada irrefutavel.

Nas accusações capitaes, além da publicidade dos debates, da moralidade das testemunhas e das penas applicadas aos calumniadores, o propheta legislador do povo hebreu exigia que as testemunhas essenciaes do processo fossem as primeiras a ferir o condemnado afim de obter dess'arte maior somma de probabilidades, contra o accusado, mais solido fun da mento ás informações dos accusadores.

Estes mesmos principios cardeaes da legislação antiga na origem do povo hebreu, que dominaram sobre os israelitas, em simples estado movel e inconsistente de tradição, mais tarde, ao tempo da grande ruina de Jerusalem, passaram ao estado de leis escriptas, interpretados e modificados pela jurispruden cia dos judeus.

Essas modificações, porém, não attingiram o fundamento das instituições, apenas alcançaram a sua fórma externa.

Conforme essa jurisprudencia conhecida pelo nome de *Mischna*, que é uma das partes componentes do *Talmud*, na sua IV divisão, onde se acham contidas as primitivas prescripções de direito civil e criminal e um tratado sobre os crimes de idolatria, todo o accusado de um crime era preso e detido até a hora proxima do seu julgamento. [1] Não consentia a lei que fosse submettido a interrogatorios secretos, por meio dos quaes a perturbação de um innocente pudesse fornecer armas mortaes contra si proprio.

---

[1] Neubäuer, Droit mosaïque, pag. 123.

O accusado não era por muito tempo privado da liberdade; exceptuado o caso de flagrante delicto, o accusado hebreu não podia ser preso senão depois de um grande numero de formalidades e mesmo assim devia ser apresentado, como já referimos, immediatamente aos tribunaes para defender-se.

Muito embora se tratasse de um assassino esperava elle a hora do seu julgamento, tendo por prisão uma cidade inteira, verdadeira menagem, e sob a protecção de todos os magistrados locaes.

Segundo rezam os actos dos Apostolos, [1] Pedro e João, presos pela primeira vez, ficaram retidos até o dia seguinte, porque, diz o texto, era já muito adiantada a hora. No dia seguinte levaram-nos á presença do Conselho dos Anciãos, que depois de ouvil-os os mandou em liberdade.

Recomeçando elles a prégação, foram de novo presos e conduzidos á presença dos juizes que, como se se tratasse de um caso de reincidencia, applicaram a pena correspondente, sendo postos em liberdade depois de havel-a cumprido.

No dia marcado para o julgamento o accusado comparecia perante os Anciãos da cidade, que se reuniam publicamente ao ar livre, á sombra das arvores. A seus pés os *candidatos* e *auditores* seguiam com regularidade todos os debates judiciarios e administrativos.

Uma grande vantagem que a lei mosaica concedia ao accusado era a faculdade de escolher para seus juizes, ou o tribunal da sua propria cidade, ou um dos dous tribunaes de vinte e tres juizes que tinham séde em Jerusalem.

Assim podia elle furtar-se facilmente ás influencias da localidade que, muitas vezes, são temiveis. Na formação dos tribunaes, para as questões importantes, cada parte tinha o direito de recusar o juiz nomeado pela parte adversa, mas com obrigação de motivar as recusas. [2]

---

[1] Actos dos Apostolos. IV, 3; V, E 27. lançavam mão delles e os lançavam na prisão até o dia seguinte porque já era tarde — Biblia cit. pag. 1091.

[2] Salvador, Op. cit. Vol. I, pag. 368. — Arbinet, op. cit. pag. VIII.

Era tão grande a pureza que a lei exigia por parte dos cidadãos chamados ao exercicio da justiça que os motivos de recusação eram extensissimos e innumeros.

Contam Salvador e Arbinet que, tendo uma das partes contendoras offerecido a mão ao Rabbi Samuel para auxilial-o quando éste desembarcava da sua canoa, declarou-lhe elle que desse momento em diante não poderia ser juiz da causa em que ella era parte; o Rabbi Amenar tomou resolução identica a respeito de outro pleiteante que se apressara em retirar-lhe da toga uma pequena pluma de ave que sobre ella cahira. [1]

Depois que a jurisprudencia passou do estado de tradição oral ao de leis escriptas, as peças do processo eram lidas nas acções capitaes e chamadas successivamente as testemunhas accusadoras. O presidente do Tribunal advertia-lhes então que não eram conjecturas nem boatos que o tribunal esperava ouvir de seus labios, mas sómente a verdade plena do facto e que por essas informações assim prestadas assumiriam ellas uma grande responsabilidade: — a do sangue a derramar se o réo fosse injustamente condemnado.

Mulher alguma podia servir de testemunha, [2] nem as creanças, nem os escravos, nem os homens de má reputação, nem os enfermos que não houvessem a integridade moral ou physica, nem os anteriormente condemnados á pena de azorrague antes de a soffrerem, pois que logo após o castigo entravam novamente no regimen do direito commum.

Não tinha valor juridico a confissão do proprio accusado contra si mesmo, para o effeito da condemnação, ainda que este fosse o propheta de maior renome, a menos que não tivesse a confirmação de duas testemunhas; entretanto a confissão tinha o effeito de attenuar a culpa e moderar a pena. [3]

As testemunhas deviam certificar a identidade do accusado, depor sobre o mez, dia, hora, e as circumstancias do crime. A menor discordancia entre ellas determinava a nullidade dos depoimentos. Moysés,

---

[1] Salvador, Op. cit. Vol. I, pag. 369. — Arbinet, op. cit. pag. IX.

[2] Deuteronomio, XVII, 6; XXIV, 15. — Biblia cit. pag. 216.

[3] Aignan, Op. cit. pag. 25.

tratando-se do assassinio ou de outro grande crime, estabelecera o maior cuidado e exigira as maiores minudencias em relação ás condições exigidas para produzir a prova.

Depois das testemunhas de accusação eram ouvidas as de defesa. Em seguida os Anciãos que acreditavam na innocencia do accusado expunham os seus motivos; aquelles que o julgavam criminoso manifestavam-se com a maior moderação. Não se encontram entre os hebreus nem sequer vestigios de accusador publico por parte da sociedade, instituição que muitos espiritos notaveis da geração moderna consideram como um erro da nossa epocha eivada de preconceitos.

Se algum dos *candidatos* ou *auditores* que tinham assento perante o tribunal dispunha de esclarecimentos ou pretendia provar a innocencia do accusado, era-lhe concedida a palavra e elle arengava então aos juizes e ao povo; outro tanto, porém, não acontecia se a sua opinião lhe fosse desfavoravel. Sempre que o réo desejasse fallar, era ouvido com a maior attenção e se surgisse qualquer duvida sobre a interpretação das leis, desde que elle o pedisse, a causa subia em gráo de appellação, ao Grande Conselho de Jerusalem.

Terminados os debates, um dos juizes resumia a causa e em seguida procedia-se á votação. Dois *scribas* tomavam respectivamente as declarações verbaes dos juizes: um, as favoraveis; outro, as contrarias.

Se a maioria dos suffragios dava absolvição, era o réo immediatamente posto em liberdade; no caso contrario, ficava suspensa a publicação da sentença condemnatoria até o dia seguinte, para que, reunidos novamente, os juizes pudessem sustentar o voto contrario ou modificar a opinião em favor do accusado.

Como garantia para este, a lei admittia a revisão da sentença. [1]

---

[1] Salvador, Op. cit. T. I, pag. 375.

CAPITULO II

ORIGENS GREGA E ROMANA

...« l'archontat, le sénat et l'aréopage formaient
« l'élément aristocratique du Gouvernement ; et
« quant á l'élément populaire, il se composait des
« assemblées legislatives du peuple, et des *dicastéres*
« ou tribunaux de justice.
Aignan — Histoire du jury, pag 54.

« ...comment les jurés de Rome se sont corrompus à
« l'image des jurés d'Athénes, jusqu'á ce que
« l'institution vînt s'évanouir sous le joug impérial.»
Fernand Gineste — Hist. et Organis. du Jury criminel, pag. 19.

§ I — *Grecia*

A legislação criminal dos Lacedemonios era toda vasada em moldes aristocraticos e dominada pelo espirito de privilegio.

Foi Lycurgo quem deu ao povo a faculdade de tomar conhecimento dos crimes commettidos contra o Estado ; mas sómente aos Ephoros, magistrados instituidos para contrabalançar a autoridade dos reis, competiam a posse e o exercicio das funcções judiciarias.

Em Athenas, ao contrario, os tribunaes eram numerosos e o elemento popular largamente representado, de modo que o tribunal dos Heliastas e os Dikartas eram, sob o ponto de vista criminal, as jurisdicções de direito commum. [1]

O tribunal dos Heliastas, cuja origem Schœmann faz remontar até Solon, mas que, segundo Herodoto, deve ser attribuido a Chlisteno, [2] o tribunal dos Heliastas, que era uma especie de grande jury nacional, [3] compunha-se de quinhentos membros escolhidos principalmente entre operarios e proletarios. Em casos

---

[1] Perrot — Essai sur le droit public et privé de la République d'Athènes, pag 210.

[2] F. Gineste — op. cit. — pag. 15 — nota I.

[3] Duboys — Hist. du droit criminel des peuples anciens et modernes, pag. 153.

excepcionaes os outros dikarterios podiam reunir-se aos Heliastas formando um só tribunal com mil e quinhentos juizes, ou mais, conforme o numero de dikarterios que se juntavam.

Quando o archonte ou qualquer dos guardas da lei — *themosthetas* — decidia pela declaração de culpa de um cidadão, tirava á sorte o nome dos juizes, convocava-os para uma reunião na praça publica — e presidia aos trabalhos. [1] Os Heliastas prestavam juramento de conformidade com a formula que Demosthenes nos transmittiu. [2] Como requisitos essenciaes para composição do tribunal a legislação atheniense exigia apenas que os cidadãos chamados ao exercicio da funcção judicial tivessem trinta annos, que observassem uma conducta illibada e que não fossemdevedores ao erario do Estado. [3]

Depois de prestado o juramento eram os Heliastas designados pelo nome de *homomocotas*, ou jurados. [4]

O archonte que presidia ao tribunal recolhia os votos dos juizes, tanto em relação á culpabilidade do accusado, como em relação á pena que convinha applicar.

Era portanto um verdadeiro jury, naquella epocha, emanação directa do principio de Aristoteles: — « quem designa « os legisladores deve concorrer para os julgamentos pronunciados em nome dessas leis feitas pelos seus delegados ». [5]

Estranha theoria esta, que presuppõe em todos os eleitores a sciencia de applicação e interpretação das leis, que não teriam sido capazes, provavelmente, de redigir. [6]

Foi este tribunal accessivel á venalidade e que, segundo nos revela Perrot, [7] excitou o espirito satyrico e penetrante do genio de Aristophanes e que, como Socrates, citado por Xenophonte, affirmava — era com-

---

[1] Gineste — Op. cit. pag. 15.
[2] Id — Op. cit., id.
[3] Arbinet — op. cit., pag. X.
[4] Thonissen — op. cit. — pag. 356
[5] Aristoteles — Politica — III, 1, § 4.
[6] Gineste — op. cit., pag. 16.
[7] Perrot — op. cit., pag. 218.

posto da parte menos esclarecida da nação — bufarinheiros e alborcadores, foi este tribunal que condemnou Milciades, Phocion e Socrates. [1]

Os partidarios do jury, não encontrando argumentos bastante solidos na tradição grega em apoio da opinião que sustentam quanto á origem hellenica da instituição, seus caracteres e fins, repellem qualquer idéa não já de identidade, mas de analogia com o tribunal dos heliastas, por isso que estes recebiam remuneração pecuniaria para o exercicio da funcção e julgavam simultaneamente de facto e de direito. [2]

Essa argumentação, porém, é pueril, pois que ninguem, até hoje, affirmou ainda que na infancia das sociedades os povos, no exercicio das suas justiças, tivessem conhecimento da necessidade desse principio, que ainda hoje soffre vivissima contestação por parte dos mais notaveis espiritos modernos, que persistem em negar a possibilidade de separar o direito do facto para os fins do julgamento. [3]

Quanto á retribuição pecuniaria dos Heliastas pelo exercicio das suas funcções e que, segundo Aristoteles e Perrot, remonta aos aureos tempos de Pericles, [4] o mais habil e o maior corruptor das massas populares, [5] não póde constituir argumento serio, porquanto na propria Inglaterra, tão admirada pela organisação do jury, os juizes populares são remunerados. Este exemplo fructificou tambem na Austria e no Dominio do Canadá. [6] A França de 93 remunerava os seus jurados: uma lei de 16 de agosto de 1793 e outra de 6 de *Ventôse* do anno V assim dispunham, e mais tarde os decretos de 18 de junho de 1811 e 7 de abril de 1813 determinavam que os jurados recebessem um subsidio em dinheiro, a titulo de auxilio ás viagens que eram obrigados a emprehender. [7]

---

[1] Gineste — op. cit., pag. 16.

[2] Guernon de Ranville — Recherches historiques sur le jury, pag. 12.

[3] Gineste — op. cit. — pag. 16.

[4] Aristoteles — Politica. II, 9, § 3 ; Perrot — op. cit., pags., 44 e 225.

[5] Aignan — op. cit. pag. 46.

[6] Gineste — op. cit. pags. 217 e 271.

[7] Bourguignon — Manuel du jury, pags., 192 e 350.

Este mesmo criterio foi adoptado nos Estados Unidos, como refere Aignan. [1]

Para formação do tribunal os nove archontes sorteavam annualmente os nomes de seis mil cidadãos, á razão de seiscentos por tribu. [2]

Isto feito, os *themosthetas* dividiam os jurados em dez secções comprehendendo quinhentos titulares e cem supplentes e por esta fórma constituiam-se os dikasterios.

Assim, pois, o povo grego, ou tratemos dos Heliastas e dikastas ou dos amphyctiões, ou nos occupemos da instituição do ostracismo, jurisdicção de suffragio universal que bania da patria por dez annos os cidadãos de maior influencia e prestigio como foram Aristides e Simon, Themistocles e Thucydides, o povo grego era sempre juiz e julgava simultaneamente do direito e do facto, abusando do seu poder soberano, quer para salvar um culpado, quer para ferir um inimigo politico.

Na opinião de Quimper, em Athenas, era mais sensivel do que entre os hebreus a confusão das funcções administrativas e judiciaes. A justiça emanava dos archontes.

Sendo estes em numero de nove, os tres primeiros formavam cada um o seu tribunal com dous assessores; os seis restantes julgavam juntos sobre negocios publicos e privados. A appellação podia ser interposta perante o tribunal dos Heliastas, que por sua vez era o unico competente para as causas graves e para os delictos politicos; foram estes que condemnaram Socrates.

Havia, ainda, tribunaes especiaes para assumptos relativos a contribuições.

E sobre toda esta organisação dominava o Areopago, o tabernaculo das leis, a gloria de Athenas, sendo illimitada a sua jurisdicção. [3]

A corrente dos defensores do jury não é uniforme em relação á origem da instituição. Aquelles que a filiam na organisação hellenica do tribunal dos Heliastas

---

[1] Aignan — op. cit., pag. 221.

[2] Dareste — Plaidoyers politiques de Demosthènes—Meier et Schœmann—Procés athènien— pags. 138 a 140.

[3] J. M. Quimper — Derecho politico general — Perú, tomo II, pag. 300.

ou dikastas sentem entretanto fraquejar a argumentação com que defendem esse modo de vêr em face das objecções que surgem á simples analyse comparativa desses tribunaes com o jury.

Os adeptos do velho tribunal popular, os que o consideram a arca santa das liberdades individuaes e que teimam em classificar como caracteristicos essenciaes da instituição o numero de doze jurados, a qualidade de juiz de facto á de juiz de direito; a qualidade de par de accusado, na accepção restricta do termo, como devendo significar a mesma profissão ou categoria do criminoso, contradizem-se, porque nunca poderão encontrar naquelles tribunaes de Athenas semelhantes caracteristicos.

Como já vimos, o numero dos juizes que compunham os dikasterios era excessivamente elevado; esses juizes procediam á escolha dos cidadãos de trinta annos, quites com o thesouro publico, de reputação illibada e julgavam simultaneamente de facto e de direito.

Essa contradicção provém da confusão que geralmente se faz dos caracteristicos especificos da instituição com as suas qualidades accidentaes, puramente accessorias e do dominio apenas da sua processualistica. [1]

A exigencia sempre crescente do povo atheniense levou Clisthenes á creação de uma especie de jury que conhecia das sentenças dos archontes por meio de appellação.

Mas á medida que as attribuições e o poder dos archontes iam soffrendo restricções, simultaneas com as regalias concedidas ao povo, essa especie de jury expandiu-se de modo tal, que chegou a tomar conhecimento de feitos em primeira instancia. [2]

Os archontes ficaram reduzidos á competencia minima de impôr pequenas multas e o povo assumia directamente o exercicio do poder judiciario. Esse tribunal dos Heliastas tirava o seu nome do sol, por isso que funccionava na praça publica á plena luz do Sol.

Era este o mais importante e notavel dos dikasterios; julgava todas as causas civis e criminaes. Era

---

[1] Bourguignon, *Théorie du jury*, pag. 2.

[2] Carvalho de Mendonça, *O poder judiciario no Brasil*, pag. 20.

composto de quinhentos dikastas, e, para as grandes causas graves, de mil, mil e quinhentos e muitas vezes de dois mil, pela reunião de dois ou mais dikasterios.

Na sua oração contra Timocrates, Demosthenes synthetisou imponentemente os poderes e as obrigações dos dikastas:

> « Sois vós, dikastas, sois vós a lei em acção, a lei garantidora dos opprimidos, mas assim como a lei não é forte senão por vosso intermedio, tambem vós o não sereis senão quando ella vos armar o braço; não permittaes, pois, que a benevolencia, ou a compaixão, ou o poder, ou o artificio, ou qualquer outra consideração arranque um criminoso ao merecido castigo. »

Os dikastas tinham, portanto, o dever de conhecer a lei e applical-a, julgavam pelo conhecimento della e não pelos impulsos da consciencia, applicavam-na como juizes de direito e não como juizes de facto.

O proprio texto do juramento a que eram obrigados antes de assumir o exercicio das suas funcções, não deixa a tal respeito a menor duvida; essa formula foi conservada pelas orações de Demosthenes:

> « Darei o meu suffragio conforme as leis e os decretos do povo atheniense e do Senado dos quinhentos. Não favorecerei nem a tyrannia, nem a oligarchia, nem a deposição do poder popular, nem cousa alguma que o possa comprometter. Não consentirei na extincção de nenhuma divida, nem na divisão de qualquer terra ou lar dos athenienses. Não amnistiarei nenhum dos banidos ou condemnados á morte. Não banirei, nem consentirei que seja banido cidadão algum contra as leis e os decretos do povo e do Senado. Não consentirei que nenhum archonte passe á segunda magistratura, sem ter servido e prestado contas da primeira, nem que seja reconduzido no seu cargo, nem que occupe dois simultaneamente. Não receberei offertas para fazer justiça, nem qualquer do meu conhecimento as receberá para mim, di-

recta ou indirectamente, seja qual for o pretexto, seja qual for o meio empregado. Não tenho menos de trinta annos. Escutarei com a mesma impassibilidade accusador e accusado, accusação e defesa e pronunciar-me-ei de boa fé sobre a causa. Juro-o por Jupiter, Neptuno e Céres. Que estes deuses me castiguem, a mim e á minha familia, se faltar ao meu juramento; mas se eu for a elle fiel que me cumulem, a mim e aos meus, de prosperidades.»

Sómente depois de prestado este juramento [1] que entre os athenienses era essencial ao funccionamento dos dikastas, tomavam estes o nome de *homomocotas* ou jurados [2] e occupavam o logar que lhes era destinado, guardados por dois soldados e impedidos de qualquer communicação extranha por um cordão de cincoenta pés de comprimento.

Assim composto o tribunal, eram ouvidas as testemunhas; depois destas os oradores da accusação e da defesa recorriam a todo o fulgor dos seus grandes talentos, porque em Athenas os defensores e accusadores eram os Demosthenes, os Eschylos, os Aristides, os Pericles, os Empedocles, durante o tempo que lhes era marcado pela areia das ampulhetas. [3]

Bourguignon [4] pretende que o jury de accusação não era conhecido dos gregos, attendendo a que a accusação era um direito de todos os cidadãos. Mas o illustre escriptor confunde a queixa, ou o primeiro gráo da accusação, com o conhecimento da procedencia desta pelos juizes respectivos.

Mas os dikastas ou *homomocotas* athenienses exerciam as funcções de jury de accusação e de julgamento. Com effeito, para que o accusado fosse julgado pelos dikastas era necessario que estes conhecessem primeiramente da procedencia da accusação.

Se esta não fosse provada, seria o accusador condemnado a uma pena de 500 ou 1.000 drachmas, con-

---

[1] Aignan, Histoire du Jury, pag. 38.

[2] Demosthenes, Orações contra Midias e Septinio.

[3] Aignan, Op. cit., pag. 40.

[4] Bourguignon—Memoire sur le jury, citado por Aignan, pag 41, Nota, op. cit.

forme a gravidade da causa. Provada, porém, a procedencia da accusação, era o accusado submettido a julgamento.

Terminados os debates, os homomocotas pronunciavam-se a respeito da culpabilidade e o presidente applicava a pena.

O areopago que tambem julgava ao ar livre funccionava, segundo a opinião de alguns, á noite, com receio de que os seus juizes se deixassem seduzir pela presença dos accusados. Deu logar a este procedimento o julgamento de Phrynéa que corrompeu os julgadores desnudando aos seus olhos a belleza attrahente dos seus seios de jaspe. Conta Aignan que uma bella e moça mulher de Smyrna enviuvara, ficando com um filho. Casando em segundas nupcias, teve um outro filho que, cumplice do proprio pae, resolveu assassinar o irmão uterino. Vingando-se, a Mãe envenenou os dois assassinos do filho. Comparecendo perante o Areopago, os seus juizes, após um prolongado estudo da causa, emprazaram as partes a comparecer novamente cem annos depois.

Entretanto, em todas estas formalidades que revestiam a instituição atheniense dos dikastas, não ha vestigio sequer das recusações peremptorias ou motivadas, nem do voto secreto, nem de sala reservada, nem do numero cabalistico de doze...

Mas convém notar aos amigos do jury, aos que vão buscar a origem dessa instituição nos heliastas athenienses que, já no berço, já no declinio, quer no periodo aureo, no apogêo da gloria aristophanica, quer na decadencia de Meleagro, a justiça dos homomocotas, os jurados gregos, ou condemnava Socrates, Milciades e Phocion, ou bania da patria homens como Thucydides e Themistocles, ou vendia-se ao ouro de Pericles, o mais habil corruptor da antiguidade, ou se deixavar corromper eroticamente pela concupiscencia, ao despidas carnes palpitantes das hetairas como Phrynéa.

§ II — *Roma*

Foi Servio Tullio que, sem concessão de direitos politicos aos plebeus, os admittiu na cidade cujos

habitantes distribuiu em sete classes, conforme a riqueza immobiliaria.

Cada uma dessas classes era dividida em centurias que tinham um numero egual de suffragios. A assembléa das centurias ou o *Comitatus maximus* converteu-se, pela Lei das XII Taboas, em « Supremo Tribunal Criminal ». [1]

Este tomava conhecimento de todas as grandes causas que interessassem um cidadão romano e das appellações procedentes de outros tribunaes criminaes, sob presidencia do consul e a votação fazia-se de modo analogo ao que se usava para adopção das leis.

Em principio a votação era feita por acclamação, depois individualmente e em voz alta.

Foram as leis tabulares de 618-138 (L. Cassia) e de 647-107 (L. Callia) que estabeleceram o voto secreto. [2] As centurias recolhiam-se a logares separados, cercados de muros, dos quaes sahiam por uma porta estreita. Cavalheiros romanos de guarda a esses logares recolhiam as cedulas dos votantes. O magistrado que presidia pronunciava o veredictum. A condemnação fazia-se por maioria de votos; em caso de empate, o réo era absolvido. [3]

Esses comicios tinham attribuições eleitoraes, legislativas e criminaes. Tal accumulo de competencias e a complexidade crescente dos crimes sujeitos ao seu julgamento que já não permittia submettel-os ao conhecimento das multidões ignorantes das coisas juridicas e das leis, determinaram a adopção de um novo systema: as commissões permanentes que foram durante dous seculos as julgadoras de todas as questões criminaes. [4]

Dahi as *quæstiones perpetuæ* que foram em Roma as primeiras manifestações do jury, a fonte do processo empregado perante as côrtes ecclesiasticas e mais tarde perante os bailios reaes. [5]

---

[1] Maynz — Cours de Droit romain, pag. 94.

[2] Gineste, op. cit., pag. 22

[3] Maynz — op. cit., pag. 166, nota 55.

[4] Becot — Organisation de la justice repressive aux principales époques historiques, pag. 45.

[5] Gineste, — op. cit. pag. 23; P. Fournier, Les officialités au moyen-âge.

Assim pois a grande assembléa popular, o *comitatus maximus*, foi substituida por alguns jurados e a nação representada apenas por um pequeno numero de cidadãos.

Desde então surgiu a luta ardente de todas as ordens entre si, disputando o exercicio das funcções da judicatura e contribuindo pelas violencias e pelas reacções para a degradação da instituição do jury. [1]

O primeiro magistrado que presidiu a uma *quæstio* foi o *prætor peregrinus*. Mispoulet [2] é de opinião que ao principio o presidente fosse um *judex* escolhido pelos seus collegas e mais tarde então o *prætor*. Mas a lei Acilia refere-se expressamente ao *prætor* e além disso, depois da organização das commissões permanentes houve necessidade de augmentar o numero dos pretores o que vem provar que a presidencia das *questiones* sempre lhes pertenceu.

Esse numero, que era de seis originariamente, elevou-se a dezoito no tempo de Nerva e apezar desse augmento, houve necessidade de subdividir as *quæstiones*, e ainda muitas vezes o *prætor* delegava *Judices quætionis* para presidirem as secções dos seus tribunaes.

Annualmente depois das eleições os pretores tiravam á sorte as diversas *quæstiones* a que deviam presidir na qualidade de questores. Havia dous sorteios, um entre os pretores e outro entre os supplentes. Cicero conta com effeito que Metello, depois do sorteio, obteve o departamento das concussões que comprehendia muitos tribunaes. [3]

Quando o pretor presidia o julgamento, pronunciava editos cuja influencia sobre a accusação era grande segundo a opinião de Cicero. [4] O pretor ou o *judex quæstionis* compunha a *quæstio*, sorteava os jurados, dirigia os debates, fazia a policia da sessão, recolhia os votos e proferia a sentença.

Para ser jurado bastava ser simples cidadão, sem distincção alguma official; era, porém, necessario ter

---

[1] Gineste — op. cit. pag. 23.

[2] Mispoulet — Institutions politiques des romains, vol. II, pag. 518.

[3] Willems — Le Droit public romain depuis l'origine de Rome jusqu'à Constantin le Grand, pag. 294.

[4] Cicero — in Verrem 1, 8 e seg., cit. por Gineste op. cit. pag. 25.

trinta annos de edade pelo menos e sessenta no maximo, mas durante o dominio imperial o limite minimo variou entre vinte e vinte cinco annos.

Segundo a opinião de Mispoulet [1] foi esse um meio para desacreditar a instituição e facilitar a entrada dos officiaes imperiaes na composição do tribunal.

A lei Julia Augusta exigia que o jurado tivesse nascido livre, que não tivesse sido degredado da ordem dos senadores, que não tivesse nota de infamia, nem houvesse soffrido qualquer pena. Finalmente, havia incompatibilidade entre as funcções de jurado e o exercicio das magistraturas publicas. Era necessario tambem residir em Roma ou num raio de cinco milhas, em redor da cidade, conhecer as leis e os costumes dos habitantes, em uma palavra, fazer parte da classe dos cidadãos investidos do privilegio da judicatura.

Para Gineste [2] a historia do *album judicium* é a historia do proprio jury. A principio, composto de juizes sorteados sómente da ordem dos senadores, com absoluta exclusão de quaesquer outros cidadãos, foi de uma fraqueza criminosa com todos os accusados que pertenciam á familia senatorial. Os governadores das provincias, garantidos assim, contra a Lei Calpurnia, continuavam as depredações, ou excediam-nas, afim de comprarem mais facilmente os jurados mais conscienciosos. Todos os povos teem na sua historia, effectivamente, um periodo em que se cognomina de consciencia a especialidade bem caracteristica da venalidade por alto preço.

Mas se a historia do *Album judicium* é a historia do jury, pode-se affirmar que esta é a historia da corrupção e da venalidade, como veremos em breve.

Desde C. Graccho com a lei *Sempronia de capite civium romanorum* que arrancava ao Senado o poder de conhecer de uma causa capital, mesmo em primeira instancia e que pela *Sempronia judiciaria* transferia para os cavalleiros o privilegio da inscripção no album, até Servilio Cœpio que novamente o restituiu ao Senado á vista da corrupção dos cavalleiros; desde a Lei *Servilia Glauciæ* que para estes reivin-

---

[1] Mispoulet, op. cit. vol. II. pag, 479, n. 59.

[2] Gineste, — op. cit., pag. 26.

dicou o monopolio do Album, dando em resultado a escandalosa condemnação de Rutilio Rufus, até Livio Drusus, que fez entrar ephemeramente no jury os trezentos senadores, pois que esta lei foi revogada no mesmo anno da sua promulgação; desde a Lei Plautia judiciaria que assegurou a mais ampla representação do povo nos tribunaes até a dictadura de Sylla, supprimindo o tribunato e collocando as centurias sob a dependencia do senado; desde Crasso e Pompeu restabelecendo o tribunato até Aurelius Cotta, que entregou o julgamento aos senadores, aos cavalleiros e aos tribunos do erario, que tinham o censo de trezentos mil sestercios, [1] preparando assim o jury de vendidos que absolveu Catilina; desde Cesar, vencedor das facções e unico senhor do mundo romano, o grande *imperator* que pretendeu governar com o Senado e os cavalleiros, riscando do *album* os tribunos do erario, [2] até Marco Antonio, que tudo transformou profundamente por innovações dignas do seu genio,— as deliberações dos jurados romanos foram sempre o resultado das pressões externas. Ou a fraqueza covarde que reclamava a presença de soldados da guarda e que deu pretexto a Antonio para incluir no Album os homens das suas armas, ou à venalidade affrontosa do desbrio caraterisaram sempre a lucta entre a aristocracia e a plebe para a posse do privilegio da judicatura. [3]

Quando o senado primitivo guardava esse privilegio, havia no Album trezentos *judices* inscriptos. A lei Sempronia substituiu-os por trezentos cavalleiros ou, como pretende Plutarcho, juntou-os aos trezentos senadores, formando assim uma lista de seiscentos juizes, numero este egual ao que foi instituido pela Lei Livia.

Em 665 cada tribu fornecia 15 juizes e o Album continha 525. Scylla restabeleceu os 600 senadores, mas a Lei Aurelia augmentou consideravelmente o numero dos juizes, pois que, alem de 400 senadores, os cavalleiros forneciam de 1.000 a 1.050 nomes e egual

---

[1] Bellot, Hist. des Chevaliers romains, vol II, pag. 275; Laboulaye, Essai sur les lois criminelles des romains, pag 277.

[2] Suetonio, cit. por *Ginesta*, op. cit., pag. 30.

[3] Cicero, 1ª Philippica, VIII.

numero os tribunos do erario, o que sommava para o Album uma totalidade de 2.500 jurados. [1]

Depois de Pompeu o Album compunha-se de 600 senadores e de 700 cavalleiros e tribunos do erario. Sob o governo de Cesar a decuria dos senadores compunha-se de 900 nomes e os cavalleiros contavam um pouco menos de 1.000. [2]

Como em Athenas, desde os dikarterios ao Areopago, em Roma, o jury, ou pertencesse á aristocracia ou á plebe, ou sahisse da ordem dos senadores ou dos cavalleiros, ou ainda dos tribunos do erario, foi sempre corrupto e venal.

Não foi sómente na epocha culminante da miseria e da degradação da velha Roma dissoluta que essa qualidade caracterisou a distribuição da justiça na dominadora soberba do mundo e orgulhosa rival de Carthago.

Parece que a instituição trazia na propria substancia o vicio ingenito que a tem distinguido em todas as epochas, em todos os povos e em todos os climas e que assoberbava não só os detalhes do processo, mas até mesmo a intima constituição do tribunal.

As manobras das falsas accusações que tinham por fim invalidar as verdadeiras realizaram-se em todos os tempos, mas principalmente nos dias aureos da corrupção romana, quando as accusações publicas, primitivamente feitas pelos mais respeitaveis personagens se tornaram, com raras excepções, um commercio vergonhoso e uma profissão ignobil, [3] como testemunha Aignan.

Quando C. Graccho entregou o governo de Roma ao elemento popular, fazendo cessar a oppressão que o esmagava, substituindo no *Album judicium* os 300 senadores por outros tantos cavalleiros, o arbitrio e a corrupção do Senado na corrupção da justiça tinham chegado a um alto grão de escandalo. [4]

Mas para fazer-se uma idéa segura e clara do que era e foi a justiça dos jurados romanos ouçamos a

---

[1] Plinio, Hist. XXXIII, 7. cit por Gineste op. cit., pag. 32.

[2] Pettingal, An Inquiry into the uze and pratice of juries, pag. 106.

[3] Aignan — Op. cit., pags. 56-57.

[4] Id. — op. cit., pag. 61.

palavra insuspeita e eloquente daquelle que Roma inteira proclamou o Pai da Patria — Cicero, que da ordem dos cavalleiros havia passado para a dos senadores :

> « Desvendarei tudo diante do povo. Denunciarei á Assembléa Geral da Nação todas as sentenças iniquas, todos os crimes que se teem praticado, depois que os senadores se apossaram dos tribunaes. Saber-se-á por que motivo Callidio dizia que com 300.000 sertercios faria condemnar um innocente, por que razão o senador Septimio, tendo sido declarado concussionario, sob a pretura de Hortencio, viu incluido nas restituições que lhe foram impostas o dinheiro que havia recebido das partes emquanto tivera assento nos tribunaes. Citarei os dous patricios Herennio e Papilio condemnados por crime de peculato; Attilio convencido de lesa-magestade, e muitos outros juizes que teem vendido o voto; senadores, sob a pretura de Verres, condemnaram um accusado sem ouvil-o ; este outro que teve a baixeza de receber dinheiro do accusado e do accusador, para dividil-o com os seus collegas. E' difficil pintar a negrura moral que faz a desgraça de Roma e a vergonha dos patricios. » [1]

Referindo-se aos magistrados que eram enviados para os governos provinciaes, Cicero tece-lhes o elogio que se contém nestas palavras:

> « Elles invadirão tudo, porque precisam comprar os suffragios dos seus amigos, dos seus defensores, dos pretores e dos juizes. Os senadores são odiados, lançam-lhes em rosto as suas infamias ; o povo romano despreza-nos e aborrece-nos, a nossa ordem está aviltada. Ha muitos annos que se affirma que os juizes não consultam nem a religião

---

[1] Cicero — 1ª verrina — trad. franceza.

nem a equidade, que o banditismo reina nos tribunaes. »

Descrevendo o modo pelo qual era feito, no jury romano, a votação dos jurados, diz Aignan: [1]

> « Mas muitas vezes os juizes juntavam á infamia de vender voto a de não votarem de accordo com a venda feita. Para evitar essa fraude, Hortencio, na causa de Terencio Varrão, que defendia, lembrou-se de distribuir pelos juizes, que havia comprado, cedulas de côres diversas, por meio das quaes lhe foi facil reconhecer si os votos tinham sido fielmente dados. »

Outras muitas trapaças e velhacarias eram frequentemente levadas a effeito por occasião das votações. Ou sós, ou rodeados de um pequeno numero de accessores devotados, os magistrados abriam as urnas e contavam os votos, mas era-lhes facil — ou substituir as cedulas verdadeiras por falsas, ou regista-las infielmente. [2]

Não ha nada mais espantoso do que a narrativa de Cicero a Attico, a proposito do processo de Clodio. [3] Os escandalos, as fraudes e as violencias que acompanhavam os julgamentos publicos teem nesta carta de Cicero a historia perfeita e insuspeitamente escripta:

> « Com effeito nunca se viu em uma casa de jogo uma reunião tão ignobil; senadores diffamados, cavalleiros arruinados, guardas do Thesouro, que não tinham sabido conservar a propria fortuna. Entretanto havia tambem alguns juizes integros, que o criminoso não tinha podido recusar e que, tristes e confundidos, de se verem ao lado de gente que tão pouco se parecia com elles, sentiam

---

[1] Aignan — op. cit., pags. 74 e 75.

[2] Id. — id. id. id.

[3] Cicero — Livro I, carta XVI, trad. franc. de Monganet.

receio de que a infamia da corporação lhes cahisse sobre o caracter. »

« Recebeu (Crassus) os juizes em sua casa, prometteu a uns, afiançou a outros e deu a muitos. Além de tudo isso (bom Deus, que horror !) a alguns juizes acenaram com a posse de damas appetecidas e com os favores e graças de jovens de boas familias. Houve entretanto vinte e cinco juizes bastante corajosos que preferiram expôr-se a todos os perigos, á indignidade de perderem a Republica. Os outros, em numero de trinta e um, tiveram mais receio da fome do que da infamia. Catullo, encontrando um destes, lhe disse:

« — Por que motivo nos pedistes vós guardas para o tribunal?

— Foi de medo que vos roubassem o dinheiro que vos deu Clodio? »

Eis ahi o que foi em Roma a historia do jury: a historia da currupção e da venalidade — até que os imperadores o aboliram. Na Grecia, na culta Athenas de Pericles, era este quem instituia, com a remuneração pecuniaria aos dikartas, a corrupção e a venalidade. Em Roma eram os proprios accusados que compravam a consciencia dos juizes. O Areopago, que foi, na phrase de Quimper, a gloria de Athenas e o tabernaculo das Leis, vendia-se aos encantos feminis da corteză Phrynéa e das viuvas bellas e jovens que pediam justiça, e arvorava a prostituição em principio regulador e arbitro dos direitos humanos. O Senado romano era o balcão das consciencias, onde se vendia a justiça pelo sorriso das adulteras e pela virgindade das filhas de familias patricias. Em ambos os tribunaes os juizes tinham constituido a quadrilha dos satyros, em plena bacchanal.

Vejamos, em meio dessa orgia desenfreada, qual era a processualistica da instituição, como se constituia o jury romano de julgamento, de que modo se realizavam os debates, por que fórma era votado o *veredictum*.

Cada *quæstio* tinha um numero fixo de juizes, determinado pela propria lei que a instituia. Assim, a Lei *Servilia de repetundis* exigia 450 nomes, d'entre os quaes deveria ser escolhido o jury definitivo. O sorteio dos jurados e as recusações eram exercidos de diversas fórmas.

A lei Servilia permittia ao accusador e ao accusado a nomeação de cem jurados cada um, d'entre os quaes as partes escolhiam cincoenta, de modo a obterem assim os cem jurados que deviam julgar a causa: eram estes os juizes *edititii*. A lei Cornelia aboliu a *editio* e instituiu a *sortitio*. O pretor designava para cada causa uma decuria do Senado por meio da sorte. Mais tarde, por um processo modernamente adoptado em todos os povos que admittiram a instituição do jury, lançavam-se na urna todos os nomes do Album e sorteava-se então a lista annual da *quæstio*.

Por occasião do julgamento de uma causa procedia-se a um novo sorteio d'entre os nomes contidos nesta nova lista.

A lei *Licinia de sodaliciis* dividiu o Album *quæstionis* em quatro grupos correspondentes ás quatro tribus designadas pelo accusador. Quanto á lei *Pompeia*, creando uma *quæstio* extraordinaria, estabeleceu um sorteio sobre os trezentos e sessenta jurados, escolhidos pelo proprio consul, até a concurrencia de 81 nomes.

As necessidades da recusação complicaram um pouco esta processualistica pela adopção de uma *subsortitio* para completar o jury.

Certas causas impunham ao jurado a obrigação de recusar-se espontaneamente, como o parentesco com uma das partes. Mais tarde introduziu-se a recusação sem motivo declarado, porque o principio dominador do direito criminal romano era que o accusado devia ser julgado pelos seus pares, livremente escolhidos.

E Gineste pergunta:

> « E' essa a razão unica? Inclinamo-nos a ver no direito de recusação a prova da desconfiança inconsciente que inspirava aos romanos a instituição do jury. Por isso mesmo que houve necessidade de garantir o accusado

contra os seus juizes, não importa essa razão numa censura contra a escolha desses juizes, portanto contra a propria instituição? »[1]

E' Cicero quem nos affirma que em Roma só eram recusados os juizes que repelliam a proposta de venda, ou aquelles que reputavam muito alto o preço da consciencia.[2]

O numero das recusações variou muito entre os romanos. A Lei Servilia concedia 50 a cada uma das partes.

Sylla concedeu aos cavalleiros e plebeus o direito de recusarem apenas tres juizes, ao passo que dava aos senadores o mesmo direito em dobro recorrendo-se a uma *subsortitio* em outra decuria para completar o jury. A lei Aurelia augmentou o numero, permittindo que qualquer das partes recusasse cinco juizes de cada ordem.

A lei Vatinia permittia as recusações indefinidamente, de modo que recusado todo o *concilium*[3] recorria-se a uma serie de *subsortitiones*. Esse excesso foi reprimido pela lei Licinia, que restringiu os direitos do accusado a uma recusação apenas entre as quatro tribus escolhidas pelo accusador: este, porém, constituia livremente o seu jury entre as outras tres tribus.[4]

Comprehende-se bem de tudo quanto fica exposto que as recusações em Roma não eram uma qualidade essencial, organica, visceral da instituição do jury. Representavam simplesmente um artificio engenhoso ao qual tiveram de recorrer as victimas para fugirem á corrupção e á violencia que contaminava a justiça romana. Ainda assim, porém, a baixeza dos corrompidos era tal, que transformou essa pretendida garantia dos réos em antemural da propria venalidade.

Essa garantia do accusado, que se estabeleceu tambem para garantir a justiça, foi uma protecção aos juizes corruptos e um incentivo ao miseravel commercio das consciencias.

---

[1] Ginesto — Op. cit., pag. 31.

[2] Cicero — Verrina I[a]. act. 2, 3, 6, 8, 9, 10 e seg[tes]. — Trad. franceza.

[3] Walter — Histoire de la Procédure criminelle chez les Romains, citado por Geib na — Histoire de la Procédure criminelle à Rome pags. 300 a 307.

[4] Geib — Op. cit. pags. 313 a 316.

Por tráz dessa formalidade juridica e acobertados pela intangivel liberdade de escolha dos pares, estabeleceu-se o balcão onde os juizes recebiam do proprio accusado o preço da torpeza e a moeda da infamia.

Ou a recusação é um artificio perigoso, uma formalidade perniciosa, que produz os effeitos apontados, e nesse caso deve ser extirpada do organismo que vicia e infecciona, ou é uma qualidade essencial da instituição do jury e nesse caso uma instituição assim corrompida e vertendo pús por todos os pontos do seu cancerado organismo, não é, não póde ser o palladio da liberdade ; será, quando muito, o alcouce da corrupção.

Constituido definitivamente o jury que tinha de julgar as causas para que fôra sorteado, os juizes prestavam juramento, considerado como base da justiça e fundamento essencial da funcção de julgar. O juramento era solemnemente prestado por todos os juizes que sobre o altar se compromettiam a julgar o accusado de accordo com as leis e com as inspirações da consciencia. [1]

Em seguida aos debates e depois de ouvidas as testemunhas, os jurados deliberavam votando por meio de pequenos cartões contendo os signaes convencionaes da absolvição, condemnação e adiamento da causa. O presidente, que não tinha voto, recolhia os suffragios, procedia ao escrutinio, mostrando os cartões ao publico e annunciando os votos, á medida que os extrahia da urna, e, depois dos apontamentos que ia tomando, pronunciava o *veredictum*.

Segundo Gineste os termos sacramentaes desse *veredictum* eram: — *videtur fecisse*, para condemnação ; *non videtur fecisse*, [2] para o absolvido ; *amplius*, para o adiamento da causa correspondente ao voto *non liquet*. [3] Si havia adiamento, as audiencias recomeçavam até a sentença definitiva. No processo de Scipião foram necessarias oito audiencias. [4] Os cartões

---

[1] Horacio — Satyra 6ª, II, v. 35.

[2] Aignan — Op. cit. — pag. 80 — assevera que a formula da accusação não foi conservada até os nossos dias.

[3] Gineste — Op. cit. pag. 37, nota 1.

[4] Idem, idem, nota 2.

brancos eram, pela Lei Servilia, considerados votos de condemnação, com intuito de evitar esse inconveniente e obrigar os juizes a darem um voto decisivo. Segundo a opinião de Aignan [1] não era operação facil nem prompta o recolhimento dos votos nos julgamentos do povo e, alèm disso, tornava-se viciosa e toda de oppressão a justiça que resolvia todas as duvidas em favor dos réos, fazendo succumbir a accusação quando não conseguia, pelo vicio da instituição e não por causa propria, a demonstração da culpabilidade.

Resumindo a serie de formulas que era necessario exgottar para julgamento de um cidadão romano, Aignan [2] admitte apenas como essenciaes as seguintes:

> « Accusação subscripta por tres paranymphos e admittida por um magistrado de eleição popular ;
> « Listas de jurados, formadas pela sorte e corrigidas pelas recusações ;
> « Debates solemnes renovados em duas acções successivas ; e, finalmente,
> « Appellação para o povo. »

Esses direitos que o douto historiador do jury considera immensos, competiam a todos os cidadãos romanos ; patricios ou plebeus, senadores ou cavalleiros, consules ou não, eram todos accusados e julgados da mesma fórma e pelos mesmos processos.

---

[1] Aignan — Op. cit., pag. 85.

[2] Id — Op. cit., pag. 86.

CAPITULO III

ORIGENS BARBARA E FEUDAL

> « Antes de Hallam e Comte terem nas suas obras rehabilitado a Edade-Media, quasi não havia escriptor que não considerasse este periodo como uma epocha de maldição, como um cahos sobre o qual ainda não tinha sido proferido o redemptor *fiat-lux*, como uma especie de parenthesis de ferro aberto entre a brilhante civilisação classica e o renascimento do seculo XVI, em que a Europa, como que acordando de um grande somno entrecortado de funebres pesadelos poude novamente accender o seu facho ao fogo sagrado da civilisação greco-romana, recem — descoberta e continuar por conta propria o seu caminho....... E comtudo, hoje é por todos admittido, como um axioma historico acima de qualquer discussão, que a Edade-Media não é um cahos, não é uma epocha de maldição social, não é essa grande necropole em que se dizia por tanto tempo estiveram em infecundo lethargo, quasi morte, os povos que mais tarde haviam de constituir as nações da moderna Europa. »
>
> Z. Consiglieri — As Grandes Epochas da Historia Universal, II Conf., pags. 40-41.

Os tribunaes *vehmicos*, cuja origem é das mais remotas e que existiram em Westhphalia até o seculo XVI revelam a tendencia accentuada que tinham os povos da raça germanica para os juizes populares. [1] Esses tribunaes eram secretos ; os seus juizes desconhecidos tinham uma extraordinaria influencia e dominavam todas as classes sociaes com poderes illimitados. Os proprios juizes eram os executores das sentenças, que se verificavam pelo punhal ou pela forca. Representam a rebeldia do direito germanico ás instituições romanas e christãs. Maximiliano foi o primeiro a enfrentar o tremendo poderio desse colosso do barbarismo, que teve em Carlos V o seu inimigo triumphante.

Segundo refere Tacito, a assembléa publica do estado designava para cada cantão um *principe* que

---

[1] Tissot — Abrégé de l'histoire et du droit public d'Allemagne, pag. 18.

administrava a justiça com o concurso de cem homens livres. [1]

Primitivamente o povo julgava as causas capitaes no Campo de Março ou no Campo de Maio; pouco a pouco, porém, os *placita extraordinaria* fixaram-se no dominio politico e transformaram-se nos *Reichstag*. Os *plaids* ou assembléas publicas em que se julgavam os processos, os *plaids* provinciaes, Landtags, conservaram a posse da jurisdicção criminal. O *graf* germanico percorria os logares da sua jurisdicção, presidia ás audiencias do jury sem todavia tomar parte nas votações.

Quanto aos francos o seu verdadeiro tribunal era o *Mâll* ou *placitum*, que tem sido confundido muitas vezes com a assembléa da nação. [2]

O Mâll compunha-se dos homens livres ou notaveis, os *rachimburgos* ou *boni-homines in mallbergo sedentes*.

Savigny compara-os com os *ahrimani* lombardos e com os ricos homens da Hespanha. [3]

Eram fortemente multados aquelles que não compareciam.

Esta multa, pela lei Salica, era de 15 *solidi*, mas Carlos Magno, para não sobrecarregar muito o povo, reduziu as reuniões desses tribunaes simplesmente a tres por anno. A lei Salica previa o caso dos impedimentos legitimos, fundados na doença, no serviço do Senhor ou na morte de parentes. A esses accrescentaram os wisigodos mais: as inundações, a neve e a força maior.

Mas em disposição alguma de lei antiga apparece uma referencia sequer ao numero de *rachimburgos* ou scabinos necessarios para a constituição dos tribunaes [4]. Em todo o caso como a lei Salica prescrevia a pena de multa para sete dentre aquelles que se recusassem a funccionar como juizes, é licito concluir-se que, pelo menos, era necessario esse numero para constituir-se o tribunal. [5]

---

[1] Gineste — Op. cit., pag. 41.

[2] Fustel de Coulanges — Hist. des institutions politiques de l'ancienne France, pag. 341.

[3] Savigny — Hist. du Droit romain au moyen-âge, II § 2º.

[4] Gineste — Op. cit., pag. 43.

[5] Ginoulhiac — Hist. Générale du Droit français, pag. 175.

Depois da invasão dos barbaros no imperio romano foram modificadas as primitivas instituições daquelles, ao contacto da civilisação latina e surgiram os *plèges* dos burgos, as centurias e as decanias.

Estabeleceu-se, então, em cada cidade ou burgo um agrupamento, cujos membros eram responsaveis pelos prejuizos causados a cada um delles e tinham todo o interesse em descobrir o culpado, não contribuindo de modo algum para a impunidade do delicto [1]. Assim appareceu o costume que depois foi adoptado geralmente como lei, de admittir a defeza do accusado por meio do seu proprio juramento, ou pela affirmação de innocencia, feita em seu favor, por muitos homens livres que a attestassem. [2]

A lei determinava que, segundo a gravidade da causa, augmentasse o numero desses homens livres, conhecidos pelo nome de *conjuratores* ou *cumpurgatores*, com o intuito de tornar impossivel a corrupção das testemunhas.

Si o criminoso não era conhecido, o accusador tinha obrigação de apontar sete pessoas a quem imputava a autoria do aggravo recebido; estas, auxiliadas ada uma por onze *compurgatores*, deviam demonstrar a sua innocencia. Dada a inefficacia deste meio, recorrer-se-ia, então, ao combate judiciario. [3]

Desta delimitação da responsabilidade social nasceu a divisão das jurisdicções. Para as pequenas causas foram creados os pequenos tribunaes, modelados pelos grandes plaids e compostos dos homens livres do Condado, que depois de ouvirem os *compurgatores* e as testemunhas julgavam de accordo com a lei commum. Ao Conde, presidente do tribunal, competia resumir o facto, estabelecer os dados da questão, recolher os votos e proferir o julgamento. A lei Salica não permittia voto deliberativo ao Conde.

Este, porém, tinha a faculdade de convocar os plaids extraordinarios, que funccionavam sob sua presidencia com a reunião de sete homens livres ou *rachimburgos*, por elle designados, como dispunha o

---

[1] Leis anglo-saxonias de Canuto, cap. 28; Lei dos Alamans, tit. 28, art. 3, Decreto de Clotario II, art. I — citações de Aignan, op. cit., pag. 101.

[2] Lei Salica, tit. 76, art. 1°.

[3] Aignan — Op. cit., pag. 102.

art. 3º, tit. 53 da Lei Salica. Esta attribuição, alliada a outros motivos, como a indifferença do povo, as difficuldades de communicações entre os burgos, e os perigos que acompanhavam o exercicio das funcções de julgador, contribuiram para que a justiça ficasse pouco a pouco concentrada em mãos dos condes, que resumiam a escolha dos *rachimburgos* a um limitado numero de homens de sua inteira confiança. Este regimen, que foi causa e origem dos maiores abusos e escandalos, produziu vantagens sómente para os distribuidores da justiça, em detrimento do povo.

Para impedir a continuação desse estado de cousas adoptaram os reis as listas de cidadãos instruidos, denominados *scabinos*, dentre os quaes os condes eram obrigados a escolher os seus rachimburgos, que não se podiam recusar a esse onus, logo que fossem intimados a comparecer.

Esta instituição, attribuida a Carlos Magno, depois de sua morte, como todas, perdeu-se na desordem geral que subverteu o regimen judiciario germanico [1].

O regimen feudal concentrara nas mãos dos senhores todas as liberdades publicas e com estas a distribuição da justiça, que a incapacidade e a ignorancia caracteristica dos dominadores tornavam insupportavel, impossivel, violenta e sanguinaria. Nesse meio intoleravel de anarchia, os vassallos conseguiram das côrtes senhoriaes a faculdade de se administrarem a si mesmos a justiça, sem outra intervenção real que não fosse a autoridade do nome e para o julgamento final. Esse costume admittido, por tal forma se radicou e estendeu, que foi transformado em principio geral.

Guizot [2] considera a intervenção do povo na administração da justiça como um dos elementos organicos mais notaveis da sociedade feudal: o julgamento das contestações suscitadas entre si pelos proprietarios de feudos:

> « Todos os factos, no estado social, se resolvem por julgamentos; a intervenção dos cidadãos na administração da justiça é, pois,

---

[1] Aignan — Op. cit., pag 105; I Capitular de 809, art. 13.
[2] Guizot — Histoire de la civilisation en Europe, pag. 68, IV vol.

a garantia verdadeira, definitiva da liberdade. Ora esta garantia existia na sociedade feudal; o julgamento pelos pares era o principio fundamental da justiça, si bem que de applicação muito irregular.»

Os senhores de feudos, quer vassallos, quer feudatarios, eram pares, porque tinham jurisdicção egual, ou antes porque eram eguaes áquelles que julgavam. [1]

As pessoas nobres deviam ser julgadas pelos seus pares da castellania, e os proprietarios de feudos eram obrigados ao exercicio da funcção de julgar, sob pena de confiscação dos feudos respectivos. Sem a observancia rigorosa desses processos o senhor não podia obrigar os vassallos a reunirem-se para compôr o tribunal julgador.

Já vimos que, afim de evitar os abusos dos condes e *rachimburgos*, Carlos Magno fôra obrigado a crear os *scabinos* com jurisdicção permanente; com o feudalismo succedeu o mesmo, de modo que a administração da justiça foi confiada mais tarde a uma classe especial de cidadãos.

Guizot [2] assignala eloquentemente essa grande modificação, que, em virtude dos vicios naturaes do systema, experimentou um dos principios fundamentaes da sociedade feudal.

> « Muitas outras transformações se operaram e sempre pelas mesmas causas, simplesmente por effeito dos vicios naturaes do systema, sobretudo da excessiva independencia individual. O principio basico em materia de contestações privadas era o julgamento pelos pares, a intervenção da sociedade no poder judiciario. Mas os vassallos tinham poucas relações entre si, era difficil reunil-os, e quasi impossivel contar com a sua intelligencia e equidade. O recurso á força, quer pelo combate judiciario, quer pela guerra privada, era o modo mais commum de dirimir as pendencias e terminar os processos ; mas a força não é a justiça: os mais grosseiros espi-

---

[1] Merlin — Répertoire de jurisprudence, V. hommes de fiefs.

[2] Guizot — Op. cit., IV vol., pags. 81-82.

ritos não as confundiram por muito tempo. Tornou-se, portanto, necessaria a adopção de outro systema judiciario, de um verdadeiro julgamento. O julgamento pelos pares era quasi impraticavel. Introduziu-se então no feudalismo outro systema judiciario, uma classe especial de homens votados á funcção de juizes. Assim começou a ordem judiciaria moderna, cujo caracteristico distinctivo é ter feito da administração da justiça uma profissão distincta, a obrigação especial e exclusiva de uma certa ordem de cidadãos.»

Guizot attribue o phenomeno que acabamos de assignalar á inapplicabilidade da instituição á sociedade, que a adoptara como um dos principios essenciaes da sua organisação.

«O principio fundamental do systema judiciario do feudalismo era o julgamento pelos pares, os vassallos julgando-se entre si, no tribunal do senhor, do suzerano commum. Vimos como esse systema se tornou, gradualmente, impraticavel... . Esse grande e bello systema, a intervenção do paiz nos julgamentos, foi, pois, declinando sempre pela mais poderosa das causas, pela sua inapplicabilidade...» [1]

Gineste, admittindo, em parte, a opinião dos que pensam que os senhores feudaes reuniam os jurys quando lhes aprazia, abusando dessas reuniões para lançar sobre os ausentes as maiores multas, affirma tambem que, em todas as epochas a nação se sentiu fatigada do exercicio directo da justiça. [2]

Mas o julgamento pelos pares não equivale de modo algum ao julgamento pelos jurados. O tribunal dos pares que caracterisou o systema judiciario das sociedades feudaes não tem a mesma significação do jury.

---

[1] Guizot — Op. cit., vol. IV, pag. 178.

[2] Gineste — Op. cit., pag. 45.

Aquelle estabelece o julgamento por meio de categoria, presuppõe a deseguualdade politica, como fundamento da organisação social; este repelle a idéa de classe, e funda-se na maxima egualdade politica. O julgamento, portanto, por pares é inteiramente contrario ao julgamento do jury, si bem que se approximem os dous pela semelhança da fórma.

E' essa a razão pela qual ha quem confunda, na mesma origem commum, as duas instituições.

Para Aignan [1] o julgamento pelos pares não é mais do que uma simples imagem, imperfeita e enganadora do jury.

Na opinião de Gineste a idéa moderna deste filia-se antes á concepção das raças primitivas do que aos systemas de uma civilisação mais adiantada. [2]

Para este publicista eminente é difficil sinão impossivel, assignalar, em meio das obscuridades historicas, os caracteristicos differenciaes de cada uma das processualisticas dessas instituições, que parecem haver dado origem ao jury.

Entretanto ha em todas ellas principios que accusam a existencia de aspirações communs: a participação do povo na administração da justica e a formação dos tribunaes de julgamento pelo sorteio.

Mas, ao passo que esses caracteristicos se affirmam innegavelmente, torna-se, pelo menos, duvidosa a existencia das recusações entre os pares, do numero prefixo de doze jurados para composição do tribunal e do voto secreto, como condições essenciaes ao funccionamento da justiça popular no regimen feudal.

---

[1] Aignan — Op. cit., pag. 111.

[2] Gineste — Op. cit., pag. 46.

CAPITULO IV

ORIGEM INGLEZA

« L'Etat saxon était fondé sur le principe d'une « garantie mutuelle de la paix. Chaque commune « ayant l'obligation de poursuivre quiconque enfrei- « gnait la paix, c'est à un comité de membres de la « commune qu' incombait le devoir de le condamner « ou de l'absoudre..............................

« La constitution des rois normands et des Plan- « tagonets ne fit que renforcer les obligations des « comtés et des communes. »

Fischel — La constitution d'Angleterre, I Vol., pag. 393.

« La supériorité du régime judiciaire des Anglais « est due à une foule de causes qui sont elles-mêmes « la conséquence de deux sentiments principaux: le « respect de la tradition nationale et la constante « sollicitude avec laquelle le Parlement réprime les « abus qui s'introduisent journellement dans les ins- « titutions les plus recommendables. Parmi ces causes « il en est quatre dont l'influence est prépondérante « en Angleterre et s'étend à beaucoup d'autres élé- « ments de la constitution sociale: les coutumes et « les lois écrites, les salaires fort considérables dont « jouissent les juges, l'instruction qui, dans les affaires « civiles et criminelles, précéde le jugement en abré- « geant la besogne du juge et du jury et qui est un « chef — d'œuvre de bon sens et de simplicité qu'on ne « saurait trop citer comme exemple. »

Le Play — Constitution de l'Angleterre. II Vol., pags. 86 e seg.

Foram os Normandos os conquistadores da Inglaterra. Os elementos que realizaram a invasão do archipelago levaram comsigo os germens das proprias instituições, que, em virtude da longa permanencia, resultante da conquista, se adaptaram e radicaram entre os povos dominados. Os normandos conheciam e praticavam a instituição do jury, si bem rudimentar, que lhes ficara da dominação romana.

Meyer affirma que os jurado normandos eram simplesmente *os compurgatores*. [1]

---

[1] Meyer — Esprit des institutions judiciaires de l'Europe, v. III, cap. 10, pag. 151.

Esmein assevera que elles levaram comsigo para as terras conquistadas esse velho costume, cuja origem attribue aos synodos da Egreja e ás reuniões judiciarias do imperio carlovingiano. [1]

A verdade, porém, é que Rollon, que no seculo X havia hierarchisado a Normandia, entre as instituições judiciarias que creou, adoptou o jury de 24 membros escolhidos entre as pessoas vizinhas do accusado e do logar onde o crime fôra commettido, consagrando tambem o principio das recusações.

Com taes elementos não admira que o jury inglez em sua fórma primitiva apresentasse um caracter mixto, condemnando, sim, mas attestando primeiramente que o accusado commettera o crime em determinadas circumstancias de facto e de logar, sendo, portanto, simultaneamente jury de accusação e julgamento.

Ao tempo de Braeton, o primeiro jurisconsulto inglez que deixou escripto o mais antigo corpo de direito que a Inglaterra possue e que estudou os costumes anglo-normandos, sob a influencia do direito romano, todos os jurados deviam ser do logar onde o processo tivesse origem; ao passo que, sob o reinado de Eduardo III, quatro jurados, pelo menos, deviam pertencer á centuria em que se tivesse dado a pendencia. [2]

Primitivamente, o jury era apenas um conjuncto de testemunhas, por intermedio das quaes a communa depunha a favor ou contra o accusado; o seu *veredictum*, pois, fundava-se sobre o conhecimento proprio do facto e, além disso, do caracter, antecedente e qualidades do indigitado criminoso. [3]

Neste facto se fundava a responsabilidade dos jurados pela resolução proferida, responsabilidade que se manteve até 1670. [4]

Quanto á origem da instituição, si escriptores como Blackstone [5] affirmam que o jury é uma creação

---

[1] Esmein — Procédure criminelle depuis le XIII siècle, pag. 329.

[2] Gineste — op. cit., pag 47 — Glasson — Hist. du Droit et des Inst. de la France, t. IV, pag. 309.

[3] Palgrave — Le conseil du roi, pag. 54.

[4] Fischel — La Constitution d'Angleterre, I v. pag. 402.

[5] Blackstone — Commentaire du côde criminel anglais.

exclusivamente anglo-saxonia; si outros, como Meyer, [1] o apresentam como producto espontaneo da Inglaterra, e outros ainda, como Henry e Reeves, [2] o attribuem aos dinamarquezes e aos ultimos normandos, o certo é que, saxonios, anglos, normandos e dinamarquezes não differem essencialmente em costumes e instituições, [3] e que o feudalismo se radicou profundamente na Inglaterra, de onde nunca foi por completo expellido e onde por tal fórma dominou as instituições judiciarias, que conseguiu apoderar-se do jury, como diz Aignan, [4] «sinão com perigo para as franquias da Nação, pelo menos com graves inconvenientes para a sua dignidade».

Os inglezes, de que Blackstone é um espelho, remontam a origem do jury ao tempo do rei Alfredo, confundindo-o com o costume da prova por meio de compurgatores; entretanto os julgamentos continuavam a ser resolvidos por combates judiciarios. Henrique II, para terminar esses duellos, publicou uma carta, em virtude da qual as partes tinham o direito de substituir o combate judiciario por um processo, cuja fórma é assim descripta por Aignan: [5]

> «O *sherif*, magistrado do condado, que presidia á assise, chamava á sua presença quatro cavalleiros, que designavam outros doze das vizinhanças. Estes doze quando não eram recusados pelas partes, ou quando se não recusavam espontaneamente, como ignorantes dos factos, eram interrogados sobre a causa e faziam a sua declaração, que devia ser unanime. Si esta unanimidade se não dava, eram chamados outros, por escolha successiva, até que se verificasse a condição exigida. Então o *sherif* unico competente para ouvir as pertes e as testemunhas, bem como para dirigir toda

---

[1] Meyer — Op. cit. Vol. I, pag. 152.

[2] Henry — History of great-Britain, v. III, cap. 3º — Reeves, History of the englishland, v. I, pag. 64.

[3] Gineste — Op. cit., pag. 49.

[4] Aignan — Op. cit., pags. 148 — 149.

[5] Aignan — Op. cit., pag. 151.

a instrucção do processo, pronunciava o julgamento de conformidade com a declaração feita.»

Da mesma fórma se exprime Mittermayer: [1]

« A grande mudança que se operou, sob a dominação normanda, em relação ao systema de prova até então reconhecido e em uso, serviu de feliz transição para o jury de julgamento. A instituição dos conjuratores, aos quaes a frequencia dos falsos testemunhos tirara pouco a pouco toda a autoridade, desappareceu no reinado de Henrique II. Os julgamentos de Deus haviam sido condemnados pela Egreja. Em compensação, os normandos adoptaram o duello como meio de dirimir as pendencias judiciarias. »

Tarde, [2] si bem que conteste a origem germanica do jury attribuindo-a de preferencia á necessidade que tiveram os juizes itinerantes da Inglaterra de substituir por outro processo as ordalias que o Concilio de Latrão acabava de condemnar, em 1812, diz que « imaginaram os inglezes um meio infinitamente mais sabio, sem duvida, de dirimirem as pendencias e que substituisse o julgamento de Deus e a prova pelo combate, reunindo doze vizinhos do accusado que decidiam da culpabilidade ou da innocencia deste ».

Era natural o apparecimento de semelhante processo, attendendo a que, de muito tempo já, a chamada prova pela consciencia da communa era conhecida na instituição dos cognitores, de que falla Mittermayer. [3]

Todavia o exemplo de Henrique II não foi imitado pelos senhores que se conservaram fieis ao regimen feudal, de modo que, ao contrario do que affirmam alguns escriptores, as liberdades inglezas

---

[1] Mittermayer — Traité de la procédure criminelle, etc., pag. 419.

[2] Tarde — La philosophie pénale, pag. 441.

[3] Mittermayer — Op. cit., pag. 419.

quasi nada devem ao patrocinio dos grandes. Essa verdade encontra testemunho insuspeito e irrefragavel nas palavras de Shakespeare, [1] que em uma das suas monumentaes tragedias, affirma, pelos labios de um personagem: que não houve um só momento de felicidade para a Inglaterra, depois que os nobres conseguiramdominar.

Assim foi que o favor da corôa durou pouco, sendo applicavel tão sómente aos processos para cujo julgamento era possivel invocar a notoriedade publica, condição esta que excluia a mór parte das causas crimes; revelou-se, por isso, a necessidade de recorrer novamente ás barbaras provas judiciarias e ao julgamento de Deus.

Mas a reacção operou-se de maneira que essas mesmas provas cahiram em desuso, e sempre que as partes preferiam substituil-as pela declaração dos doze cavalleiros a assise convertia-se em jury. [2]

Este vocabulo foi adoptado das assises feudaes, que os cruzados acabavam de fundar em Jesusalem.

Nessa instituição os doze magistrados permanentes incumbidos do julgamento das pendencias entre europeus tinham o nome de jurados.

O numero mystico de doze, recordando os doze apostolos de Christo, dava á opinião publica a sancção religiosa dessa instituição popular. [3]

Aignan, entretanto, acatando com o respeito que merece a opinião do douto Meyer, assevera que o jury inglez, tal como se achava organisado em 1822, tem uma origem feudal, que não póde ser negada em face dos stygmas do feudalismo, que ainda o caracterisavam nessa epocha.

Eis ahi as origens do jury inglez. Deixaremos o exame dessa mesma instituição na sua phase moderna e contemporanea para quando estudarmos as transformações que tem experimentado, quer pela revolução franceza, quer pela organisação da Republica norte-americana, o obsoleto e anachronico tribunal dos pares, o pretenso palladio das liberdades publicas.

---

[1] Shakespeare — Henrique VI, acto 4º, scena 2ª.

[2] Aignan — Op. cit., pag. 153.

[3] Id. — Op. cit., pags. 152 e 153.

CAPITULO V

CARACTERISTICOS ESSENCIAES DA INSTITUIÇÃO DO JURY NAS DIFFERENTES ORIGENS QUE LHE SÃO ATTRIBUIDAS

> « La substance du jury est d'être une émanation directe de la cité, distinguée du magistrat, sa forme, de n'opérer que sous la direction et l'autorité du magistrat. »
>
> Aignan, Histoire du Jury, pag. 14.

No estudo historico, rapidamente feito com o intuito de indagar as origens remotas do jury, analysámos a natureza intima e as condições de vida das instituições judiciarias dos hebreus, dos gregos, dos romanos, dos povos barbaros, das sociedades feudaes e dos inglezes.

Procurámos assim conhecer os motivos que determinaram a formação de todas essas correntes historicas da filiação do tribunal popular que tem sectarios e defensores da mais elevada superioridade mental.

Não é caso de duvida para o nosso espirito que a origem remota da instituição é a doutrina mosaica, de uma simplicidade extrema, reveladora de um genio poderosamente creador, actuando no desenvolvimento progressivo de uma civilisação que se impoz em toda a antiguidade classica e que ainda hoje exerce sobre as sociedades modernas a mais decidida influencia.

Para Alexandre Weill, o erudito e sabio commentador do Pentateuco, notavel Plutarcho de Moysés, este, o grande doutrinador e organisador da nacionalidade hebréa, o grande estadista do Deserto, foi « o maior homem do universo, revelador de Deus, creador da humanidade, de toda a civilisação do passado, do presente e do futuro, cujo ideal legislativo jamais será attingido nem excedido por povo algum. » [1]

Na sua doutrina eminentemente liberal, nas instituições judiciarias que elle fundou e que caracteri-

---

[1] A. Weill—Vie, doctrine et gouvernement authentiques de Moïse, pag. 217.

saram a superioridade do seu grande povo, encontramos, como já vimos, em torno do Tribunal dos Anciãos, as mais conhecidas formalidades que rodeiam, entre nós, o jury — fôro commum do crime.

E' claro que a evolução determinou muito naturalmente modificações na estructura e desenvolvimento da instituição, purgando-a de vicios, melhorando as condições da sua existencia e accentuando os caracteristicos substanciaes e irreductiveis. O mesmo se deu em relação ás outras epocas e origens. Entretanto ha um conjuncto de caracteristicos communs a todas ellas, que nem a acção do tempo nem os cataclysmos sociaes nem as revoluções conseguiram separar da instituição.

Outros, porém, apparecem depois dessas vicissitudes e ligam-se intimamente á sua forma, desapparecem com as revoluções, ou com estas de novo se estabelecem, filhas de necessidades meramente occasionaes, productos das condições externas da sociedade, fructos da decadencia dos povos, ou ainda como simples formalidades para evitar que os vicios de uma epoca ou de um dado meio possam prejudicar o funccionamento da instituição e o exercicio da justiça.

Esses caracteristicos communs, cujo conjuncto encontramos em todas as edades e em todas as sociedades analysadas, quer seja no Conselho dos Anciãos, de Moysés; quer no Tribunal dos Heliastas e Dikastas; quer nas *quœestiones perpetuœ* dos romanos; quer nos *rachimburgos* e *scabinos*, nos *conjuratores e compurgatores,* nos grandes e pequenos *plaids* dos povos barbaros e das sociedades feudaes; quer ainda na adaptação ingleza do jury normando e da *assise* de Jerusalem, são essenciaes, constituem o substractum da instituição, foram as condições irreductiveis da sua existencia, sem as quaes é impossivel o seu funccionamento: desapparecendo aquella sempre que destes é feita ablação, seja qual fôr a causa invocada como determinante.

Esses nasceram com a instituição, revelam-na; é atravez delles que esta se torna appreciavel e exerce a sua influencia no seio das sociedades.

Outros, porém, são caracteristicos accidentaes, que apenas acompanham a instituição em uma epoca determinada ou em um dado povo. E muito embora a sua existencia abranja muitas vezes, o largo e lento des-

dobrar de seculos, nem por isso se torna essencial á vida da entidade a que se ligaram.

As instituições sociaes, como todos os organismos, obedecem á influencia do meio: o jury, nos diversos aspectos atravez dos quaes se nos revela entre os povos que estudamos e nas diversas epocas que percorremos, obedeceu a essa lei natural.

Adquiriu e perdeu os vicios que o inquinavam, como qualquer organismo animal ou vegetal que se modifica ao contacto das influencias externas que o rodeiam.

Mas atravez de todas essas modalidades, ha no Conselho dos Anciãos qualidades que se encontram tambem nos Heliastas gregos, que distinguiram os *judices selecti* dos romanos, que differenciaram os *plaids* barbaros e feudaes e que caracterisam o jury inglez. Outros que na processualistica mosaica não têm sequer vestigios, surgem entre os gregos, accentuam-se ou desapparecem nas instituições romanas, para reviverem depois entre os inglezes, tornando-se duvidosa a sua apparição entre os povos barbaros ou nas sociedades feudaes.

Outros ainda revelam-se pela primeira vez entre os romanos, em epoca de profunda decadencia, como tentativa opposta á corrupção social, desapparecem de algumas organisações medievaes para serem incorporados mais tarde ás instituições da nascente nacionalidade ingleza, após a conquista normanda.

Aquelles que apparecem em todas as civilisações analysadas e por meio dos quaes a instituição se manifesta e se adapta á distribuição da justiça, incontestavelmente, são:—a natureza popular do tribunal, a sua formação pela sorte, a mais vasta publicidade do processo em todas as suas phases e o juramento para o exercicio do mandato do juiz.

Esses elementos distinguem-se como condições essenciaes á constituição do Conselho dos Anciãos, dos dikasterios, das *quœstiones perpetuœ e judices selecti*, dos *plaids*, dos *rachimburgos*, *conjuratores e compurgatores* barbaros e feudaes, e, finalmente, ao jury rudimentar normando e á *assise* de Jerusalem.

Quanto ao mais que nos attrahe a attenção e que rodeia aquellas instituições por cujo intermedio os antigos povos do velho mundo se administravam justiça, é apenas accidental e pertinente á processualistica, á forma externa que as revestiu.

Nem se comprehende que elementos substanciaes de uma instituição apenas se revelassem seculos depois quando já ella produzira os seus effeitos completos entre os hebreus e gregos.

Estes povos não conheciam as recusações peremptorias; para garantia de imparciadidade dos juizes bastavam as motivadas. A pureza dos homens e a integridade dos escolhidos póde ser avaliada pela conducta dos Rabbinos Samuel e Amenar. [1]

As recusações peremptorias são filhas da corrupção romana. A decadencia grega, todavia, não as conheceu. Nem a venalidade do Areopago ou dos Heliastas fazendo da justiça objecto de mercancia, vendida á nudez das hetairas, conseguiu fazer surgir a formalidade da recusação peremptoria, para melhormente occultar a corrupção dos juizes, afastando os bons e honestos, afim de constituir o tribunal com os criminosos que recebiam das partes o ouro da torpeza ou dos pusillanimes que não sentiam a avigorar-lhes a alma as energias do civismo.

Quanto ao numero de juizes que compunham os tribunaes, variou sempre de povo para povo, de seculo para seculo.

Entre os hebreus havia o Tribunal ordinario que se compunha de tres juizes, o Conselho dos Anciãos que se constituia com vinte e tres e o Grande Conselho de sessenta.

Mas o legislador não fixou o numero de membros que deviam formar aquellas corporações. A jurisprudencia foi que determinou a composição do Conselho dos Anciãos com o numero indicado, devendo pertencer onze delles, pelo menos, a profissões diversas. [2]

Moysés determinava apenas que os accusados do seu povo fossem julgados pelo seus eguaes, pelos mais habeis, mais conhecidos por suas virtudes proprias. Entre os gregos, sabe-se que o tribunal dos heliastas se compunha de quinhentos membros escolhidos principalmente entre operarios e proletarios

---

[1] Salvador — Op. cit., pag. 368.

[2] Arbinet — Op. cit., pag VIII; *Aignan* — Op. cit., pag. 22; *Salvador* — Op. cit., pag, 364.

e que, em casos excepcionaes, podia funccionar com mil e quinhentos juizes, pela reunião de varios *dikasterios*. [1]

Em Roma a lei Servilia dava a ambas as partes o direito de nomear cem juizes; dentre estes cada uma escolhia cincoenta, de modo que para o julgamento da causa funccionasse o tribunal com cem. A lei Pompeia estabelecia um sorteio sobre os tresentos e sessenta jurados escolhidos pelo proprio consul até obter oitenta e um nomes que compunham o tribunal julgador.

Sabe-se que o jury que julgou Milão se compoz de 51 juizes, [2] Pizão teve 75 julgadores; foram 56 os jurados de Clodio; 50 os de Flacco e Procilio; Appinianico formou o seu tribunal com 32 jurados; Gabinio com 70 e Scauro com 80. [3]

O numero dos juizes não era fixo, ao contrario variava conforme a natureza das *quæstiones*. [4]

Entre os povos barbaros e nas sociedades feudaes, segundo refere Tacito, os *principes* de cada cantão julgavam sempre com o concurso de cem homens livres. [5]

Gineste affirma que em nenhuma lei antiga apparece prescripção alguma com referencia ao numero dos *rachimburgos* ou scabinos que deviam constituir o tribunal julgador. [6] A Lei Salica determina que entre aquelles que se recusassem a julgar deveriam ser escolhidos sete sobre os quaes se lançasse a multa. Desta disposição conclue Ginouillac [7] que com sete juizes se poderia formar um tribunal julgador.

Comprehende-se bem que não póde ser caracteristico visceral de uma instituição um elemento que soffre as mais profundas alterações de povo para

---

[1] Aignan — Op. cit., pag. 35; *Gineste*, op. cit., pag. 15

[2] Aignan — Op. cit., pag. 69.

[3] Gineste — Op. cit., pag. 34.

[4] Trébutien — Droit criminel, I vol., pag. 281.

[5] Tacito — Germania, 12.

[6] Gineste — Op. cit., pag. 43.

[7] Ginouillac — Hist. Générale du Droit français, pag. 175.

povo, de epoca para epoca e que chega mesmo a desapparecer do texto das leis, sem que a instituição desappareça.

Pela primeira vez, sob o reinado de Henrique II, o primeiro da dynastia dos Plantagenetas, surgiu na Inglaterra a formação de um jury de 12 visinhos para julgamento dos accusados, em substituição dos duellos judiciarios. Esse numero mystico foi escolhido em homenagem aos apostolos de Christo, afim de dar uma sancção religiosa á instituição que o poder real acabava de consagrar, á semelhança das *assises* que os cruzados haviam estabelecido em Jerusalem para julgamento das questões entre europeus, sob presidencia de um visconde e com o nome de jurados. [1]

Mas na opinião de Arbinet, [2] a carta da Communa de Laon, em 1128, instituia a jurisdicção criminal de 12 jurados, presididos pelo maire. Neste caso a instituição não é devida a Henrique II, que nasceu em 1133, nem aos Plantagenetas, de cuja dynastia foi elle o primeiro como filho de Mathilde de Beauclerc e de Godofredo Plantageneta.

Essa carta, pois, deve-se a seu pae Henrique I de Beauclerc e 3º filho de Guilherme, o Conquistador. Entre nós, o Sr. Ruy Barbosa, seguindo a opinião de Stubbs, [3] acceita a filiação do jury no reinado de Henrique 2º. [4]

Tarde, porém, com Du Boys data a sua origem de 1215 [5] e Mittermayer assevera que a partir de Henrique III appareceu este modo de julgar por meio de jurados. [6]

O voto secreto não era conhecido dos hebreus; o legislador do decalogo prescrevia que o accusado fosse julgado aos olhos da nação, pelos anciãos, que se reuniam á luz do sol, á sombra das arvores, com a

---

[1] Aignan — Op. cit., pag. 153.

[2] Arbinet — Op. cit., pag. VIII e IX.

[3] Stubbs — The constitutional History of England, t. I, pags. 612 a 615.

[4] Ruy Barbosa — O Jury e a Responsabilidade penal dos juizes, pag. 8.

[5] Tarde — La philosophie pénale, pag. 441.

[6] Mittermayer — Op. cit., pag. 421.

maxima publicidade de debates, sendo motivado em exposição succinta o voto contrario ou favoravel dos juizes.

Da mesma fórma, na Grecia, não se conhecia o sigilo; o julgamento fazia-se na praça publica, á luz do sol e dessas duas circumstancias provém o facto de serem conhecidos os juizes pelo nome de heliastas.

Sómente o Areopago fazia excepção a essa regra geral nos casos em que fosse de receiar que os juizes se deixassem corromper pela vista dos accusados: então o julgamento se realizava de noite, mas sempre ao ar livre.

Em todo o caso os heliastas conheciam e praticavam o escrutinio secreto na votação da causa. Terminados os debates, um arauto, por ordem do presidente fazia a chamada dos jurados afim de darem os seus suffragios.

A' medida que os nomes eram lidos, cada um dos designados depositava, conforme o voto, um dos *psephos* que recebia das mãos do presidente e que consistiam em duas espheras de aço, uma ôca e outra massiça; aquella condemnava, esta absolvia. Em seguida o presidente contava as espheras e proferia a sentença conforme o numero das que predominavam.

Em Roma, depois de terminados os debates, os jurados davam os seus votos de accordo com a intima convicção. Durante muito tempo a votação era feita em voz alta, em plena publicidade. Mas no anno 605 de Roma, o tribuno Gabinio fez adoptar o escrutinio secreto para a eleição dos magistrados, e esse modo, que na opinião de Aignan é o unico que convinha ás sociedades antigas, foi, por proposta do tribuno Cassio, adoptado para os julgamentos criminaes. [1]

Cada juiz recebia do pretor duas cedulas, nas quaes havia respectivamente inscriptas as palavras *absolvo, condemno*; conforme o voto, assim era lançada na urna uma ou outra.

Mas esse novo systema produziu pessimos resultados e deu origem á venalidade dos juizes, como acontecera na Grecia. Muitas vezes os juizes junta-

---

[1] Aignan — Op. cit., pag. 74.

vam á infamia da venda do voto, a baixeza de trahirem o comprador. Eram tantas as miserias dessa ordem, que Hortencio, na causa de Terencio Varrão, foi obrigado a adoptar cedulas de côres diversas para impedir que os juizes vendessem o voto.

E Aignan que, citando Cicero, nos dá noticia dessas bellezas da instituição, é um dos seus partidarios mais respeitaveis, accrescentando que muitas outras trapaças se realizavam por occasião do escrutinio e que até o proprio magistrado presidente do tribunal substituia os suffragios por outros falsos, ou fazia infielmente a contagem.

Entre os povos barbaros, a publicidade absoluta dos julgamentos excluia a formalidade de qualquer ceremonia secreta. A mais completa fiscalização publica presidia a todo o processo que era feito *in præsenti populo*, como determinava a Lei Salica. A multidão accudia por tal forma a essas assembléas, que Carlos Magno se viu obrigado a prohibir o accesso aos clerigos, aos monges e ás mulheres. Uma ordenança de Luiz Hutin, em 1315, prescreveu a maxima publicidade para todas as causas criminaes. [1]

Nas sociedades feudaes essa fecunda garantia desappareceu depois que as côrtes senhoriaes foram convertidas em tribunaes permanentes, e o dever de julgar se tornou uma prerogativa, uma investidura, um estado. Então appareceu o julgamento secreto e a adopção do idioma latino em todo o processo para melhor occultar a tyrannia dos senhores. [2]

Entre os povos da raça germanica a instituição dos tribunaes vehmicos, sanguinarios e secretos, foi substituida pela reunião das assembléas populares. [3]

E' na Inglaterra conquistada pelos Normandos que apparece ligada á instituição do jury a formalidade do sigillo: a discussão, a votação e o veredictum entre os jurados em sala reservada, longe das vistas do povo.

Mas ainda assim esse principio não é absoluto nem é rigorosamente seguido, como se constituisse um caracteristico visceral da instituição.

---

[1] Trébutien— Op. cit., pag. 385, vol. I.

[2] Aignan— Op. cit. pags. 110 a 112.

[3] Gineste— Op. cit., pags. 41 e 42.

CAPITULO VI

TRANSFORMAÇÕES OPERADAS PELA REVOLUÇÃO FRANCEZA NA INSTITUIÇÃO DO JURY ANTIGO

« Les sociétés n'ont pas un corps seulement, elles ont une âme et c'est quand l'âme a changé que le corps se transforme. Toute révolution profonde est une évolution. Si un involontaire sentiment d'effroi s'associe, aujourd'hui encore, au souvenir des temps héroïques, où vécurent nos pères, c'est la faute de ceux qui, ayant à écrire l'histoire intellectuelle et intime de la Révolution, n'en ont écrit que l'histoire extérieure. Là où il y eut, derrière un incendie, une illumination, l'on n'a vu que l'incendie.................. O grande Révolution calomniée, que vous fûtes bien ce dieu du poéte, cet astre étincelant qui, insulté par les noirs habitants du désert, se vengeait de leurs clameurs en les inondant de sa lumiére! »

Louis Blanc — Histoire de la Révolution Française —. IV vol. pags. 194—195.

As profundas modificações que a revolução de 1789 operou na sociedade franceza não podiam deixar de affectar tambem a organização judiciaria, para moldal-a em formas compativeis com a dignidade humana, de accordo com a carta dos direitos que acabava de proclamar e sob cuja invocação sagrada destruiu a Bastilha, espalhando pelo solo da França os estilhaços de um passado que aquelles muros malditos haviam synthetisado durante seculos.

A Assembléa Constituinte, apenas se reuniu, resolveu, pelos decretos de 8 de outubro e 3 de novembro de 1789 e 24 de março de 1790, que a justiça seria completamente remodelada; de maneira que pelos dois primeiros documentos que acabamos de indicar, foram desde logo estabelecidos o principio da publicidade das audiencias, o direito amplo de um defensor para o accusado, intimação e nota de culpa ao indiciado.

Em seguida o decreto de 30 de abril de 1790 consagrou a admissão do jury criminal como instituição judiciaria.

Os abusos, as violencias, as barbaridades da tortura, a dominação absoluta da vontade dos despotas haviam preparado o advento dessa instituição que se afigurava como que um porto de bonança e de salvamento. Os espiritos estavam absorvidos pela palavra dos mais notaveis homens publicos; a magistratura e a philosophia tinham feito a propaganda.

O chanceller Seguier, o primeiro presidente Lamoignon, os advogados geraes Talon, Bignon e Servan, este sobretudo no parlamento de Grénoble; Montesquieu e Voltaire, Rousseau e Mably haviam tomado a si a incumbencia das reclamações e da critica, de modo que ao explodir esse grandioso acontecimento que alterou totalmente a face da Europa, a instituição do jury era esperada com enthusiasmo. Já os Cadernos de 1889, segundo Esmein e Trébutien, reclamavam o julgamento dos jurados em materia criminal. [1] Assim considerado como remedio soberano aos abusos do antigo regimen, apenas appareceu na Assembléa Constituinte a proposta de Bergasse para admissão do jury, foi immediatamente nomeada uma commissão para redigir a lei que, «o mais brevemente possivel fizesse entrar a nação no goso dos beneficios da instituição dos jurados ou pares».

A Inglaterra praticava o jury desde a conquista normanda, reformara a instituição barbara e modelando-a pela *assise* de Jerusalem, com todos os vicios e preconceitos, com todas as formalidades lithurgicas, incorporou-a ás suas instituições peculiares. O jury inglez tornou-se o alvo de todos os olhares dos philosophos, publicistas e magistrados da França: a revolução, pois, adoptou o modelo inglez, como já havia adoptado colonias inglezes da America do Norte, havia pouco emancipadas, a declaração dos direitos do homem. [2]

E a Assembléa Constituinte que tinha a realizar uma revolução mais social ainda do que politica, que, devendo formular e proclamar os grandes principios reguladores da sociedade nova, tinha tambem

---

[1] Tarde — Op. cit., pag. 442; Trébutien — Op. cit., pag. 57.
[2] Boutmy — Etudes de Droit Constitutionnel, pags. 93 e 94.
Borgeaud, L'tablissement et revision des constitutions, pags. 23 a 26.

de os pôr em pratica, pela legislação, realizando assim uma obra simultaneamente philosophica e legislativa, pela declaração dos direitos do homem, adoptara os principios de direito criminal que ainda hoje são reconhecidos como fundamentaes; pela adopção do jury inglez pretendeu completar a sua grande obra se reforma. Mas, assim procedendo, imprimiu ao jury um cunho essencialmente politico, que foi a causa de todas as modificações que experimentou depois a cada commoção politica que sobrevinha.

A Lei de 16 do setembro de 1791, titulo XI, art. 1º, determina que para ser jurado é necessario ser eleitor e no art. 4º accrescenta que será privado dos direitos de suffragio a qualquer funcção publica, durante dous annos, todo aquelle que se não inscrever na lista dos jurados. As funcções de eleitor e de jurado, portanto, segundo esta lei, são o duplo exercicio, por dous meios differentes, de um direito unico, o de soberania, que se manifesta ora pelo suffragio do jurado, ora pelo voto do eleitor: os encargos da primeira funcção compensam os privilegios da segunda.

Esta foi, sem duvida, a mais notavel modificação que a reforma revolucionaria de 1789 introduziu na velha instituição do jury, caracteristico que o modelo inglez adoptado não conhecia, e que apenas esboçado, sem ser comprehendido e sem tão grande alcance, teve os primeiros vestigios nas luctas que, em Roma, sustentaram os Gracchos para inscripção do povo no album dos *judices selecti*. Adoptado o jury, a Assembléa Constituinte não podia deixar de proclamar o principio da publicidade dos debates, e pela Lei de 24 de agosto de 1790 determinou, no art. 14, «que tanto em materia civil como criminal as audiencias serão publicas e todos os cidadãos terão direito de defender as suas causas quer verbalmente, quer por escripto» e no art. 15, que: «O jury funccionará nas causas crimes; a instrucção será feita publicamente e terá a notoriedade que fôr determinada».

O processo criminal, porém, compõe-se de tres partes distinctas: 1ª, instrucção preparatoria; 2ª, o jury de accusação; 3ª, debates no tribunal criminal e jury de julgamento definitivo.

Como se vê, e o que nos importa conhecer é que na segunda parte do processo criminal apparece

a instituição do jury funccionando como simples tribunal de accusação. Redigida esta pelo director do jury juntamente com a parte, ou só por esta, quando aquelle se recusa a fazel-o, procede-se á formação de um jury accusador. Esse, que é composto de oito membros tirados á sorte, de uma lista de 30 cidadãos, formada pelo procurador syndico da communa, capital do districto, e approvada pelo directorio communal, recebe o relatorio do director e mais peças do processo, ouve ás testemunhas o depoimento verbal. A parte queixosa ou denunciante é ouvida depois, e em seguida o director retira-se para que os jurados deliberem.

A resolução dos jurados póde affectar uma das tres formas seguintes: I), ou ha motivo para accusação, mas diversa da que foi intentada e os juizes declaram que não é procedente, podendo o director do jury proceder a nova accusação; ou II), não ha motivo para accusação alguma e o accusado é immediatamente posto em liberdade; ou III), ha motivo para a accusação e o processo é enviado ao tribunal para o julgamento definitivo, bastando para este caso a maioria de votos.

O julgamento final é feito pelo jury, perante o tribunal criminal. Para isso o accusado é interrogado pelo Presidente, em presença do accusador publico, dentro das 24 horas seguintes á deliberação do jury accusador. Desde esse momento o accusado póde communicar com o seu defensor e se o não tiver, ser-lhe-á designado um *ex-officio*.

O jury de julgamento compõe-se de doze membros e a sua formação definitiva depende de muitas formalidades. Todos os annos, em dezembro, o procurador syndico de cada districto organisa uma lista geral dos jurados: todos os eleitores são obrigados á inscripção sob pena de serem privados dos seus direitos politicos durante dous annos. Todos os trimestres o procurador geral syndico do departamento compõe uma 2ª lista de duzentos nomes, tirados da lista geral do jury. Mensalmente, é destacada desta uma terceira lista para formar o jury definitivo do julgamento.

O accusador publico tem direito de recusar vinte nomes da lista trimensal; dos restantes são sorteados doze. Estes são apresentados ao accusado que

os póde recusar; em tal hypothese são sorteados outros nomes. O accusado tem direito de recusar vinte nomes, sem dar motivos, mas além de vinte deverá motivar as recusações e o tribunal decidirá. Quando houver doze jurados não recusados, está constituido o tribunal de julgamento. O processo da audiencia é puramente oral. Depois de ouvidas as testemunhas, o accusador publico, a parte civil e o accusado tomam successivamente a palavra, o presidente resume os debates e o jury retira-se para deliberar. Em seguida os jurados fazem as suas declarações cada um de per si, separadamente dos outros. Essa declaração é emittida em voz alta, e os jurados depõem ostensivamente na urna uma esphera negra ou branca, de conformidade com o seu voto.

« Cada jurado pronuncia a sua declaração em voz alta e em testemunho da sua opinião depõe ostensivamente em urnas branca e preta, uma esphera de egual côr. [1]»

Immediatamente se procede á contagem dos suffragios em presença de todos os jurados e o resultado é proferido em audiencia publica pelo chefe do jury. A maioria exigida para condemnação é de nove votos, e o jury não tem que dar contas do seu voto, agindo unicamente de accordo com a sua consciencia e sem obrigação de attender ás provas contidas no processo.

Eis ahi como Trébutien [2] nos descreve o jury instituido pela Revolução franceza. Houve, portanto, como se vê dessa simples exposição, profundas modificações operadas na instituição para adaptal-a á sociedade franceza. Não houve uma copia fiel do jury inglez, mas deu-se a imitação desse modelo, acceitando entretanto elementos historicos que se observam desde a origem hebraica.

Em relação ao sorteio dos juizes, caracteristico que acompanha a instituição desde o berço mosaico, que a distinguiu na Grecia, que foi incorporado á legislação romana como imprescindivel á formação das *quæstiones perpetuæ*, que acompanhou os povos barbaros e as sociedades feudaes, que passou á Inglaterra

---

[1] Louis Blanc — Op. cit., vol. IV. pag. 219.

[2] Trébutien — Op. cit., vol. I, pags. 411-419.

pela conquista normanda, foi adoptado tambem pela Revolução e acceito pela Constituinte como fundamento essencial do jury.

A temporariedade da funcção, limitada ao momento para decisão de uma causa, que os hebreus haviam considerado elemento constitutivo dos seus tribunaes, que os gregos introduziram nos dikasterios, que as vicissitudes do tempo e das revoluções da politica romana não conseguiram alterar, senão quando a violencia dos imperadores aboliu o jury, que o feudalismo não violou, que a Inglaterra estabeleceu como principio visceral da instituição, tambem a reforma social e politica de 1789 incorporou ás verdades fundamentaes da sua organisação judiciaria.

O mesmo aconteceu com o juramento, mas a revolução instituiu o jury de accusação que nenhuma das origens apontadas havia conhecido, á excepção da Inglaterra. Esta, porém, deu a essa primeira face do jury a maxima importancia, muito superior á que emprestou ao jury de julgamento. A França revolucionaria fez exactamente o inverso.

Em relação ás recusações a Assembléa Constituinte adoptou o principio romano que os inglezes haviam modificado sensivelmente. No jury de accusação não ha direito de recusação, simplesmente se admittiu esse principio no julgamento, elevando-se a 20 peremptorias e sendo illimitadas as que se motivarem. Porque essa distincção?

Quanto ao numero de jurados, o decreto de 17 de setembro de 1791 estabeleceu que oito jurados compuzessem o jury de accusação e 12 o de julgamento.

Quanto ao sigillo da votação, a Assembléa Constituinte recusou o escrutinio secreto dos gregos, por meio dos psephos e dos romanos por meio das cedulas, adoptando a declaração verbal, nominal e em voz alta corroborada pela deposição das espheras brancas ou pretas nas urnas da mesma côr, em presença do povo.

O julgamento de facto e a applicação do direito parecem constituir um elemento substancial da instituição, tal como a modelaram os constituintes de 1791, adoptando o criterio inglez. As palavras de Duport, secundadas por Thomet e adoptadas pela quasi unanimidade da assembléa contra o projecto de Sieyès, parecem fundamentar esse ponto de vista. « Nada é,

pois, mais absurdo, ou mais perigoso, do que o julgamento do direito e do facto, submettido aos mesmos homens. E' preciso um magistrado para apreciar o facto: é o jurado; um outro para applicar a pena, é o juiz. O jurado aponta a especie, o juiz applica a lei, dizia Duport. [1] » « A liberdade não estará salva senão quando o accusado fôr julgado pelos seus pares e o juiz reduzido á impassibilidade da lei», dizia Thomet. [2] E Sieyès, por não ter feito essa distincção capital, viu repellido o seu projecto, a instancias de Duport, diz Louis Blanc. [3]

O que determinou a rejeição do jury em materia civil, apezar das calorosas defesas de Desmoulins e de Robespierre, foi a longa experiencia de Tronchet, durante 42 annos, combatendo na sessão de 29 de abril de1790 essa applicação do jury ás causas civis pelo fundamento da impossibilidade de separar-se nessa materia o direito do facto. [4]

A condemnação do accusado que na Inglaterra depende da unanimidade dos jurados, a Constituine de 1790 admittiu que se fizesse por maioria. Assim, pois, a França republicana e revolucionaria modificour pro fundamente a instituição do jury afim de pode adaptal-a ás circumstancias em que se encontrava entre a tradição historica, secular, que tinha raizes profundas na sociedade e a aspiração liberal que fazia da velha e archaica processualistica mosaica, atheniense, romana, barbara, feudal e ingleza um ideal inteiramente novo, inseparavel da liberdade, sem recordar-se de que os duques da Normandia já a praticavam naquelle mesmo solo da patria franceza, levando-a na ponta das lanças invasoras quando atravessaram a Mancha para conquista das nevoentas ilhas dos anglos.

---

[1], [2], [3], [4] Louis Blanc — Op. cit., vol. IV, pags. 202 a 205.

CAPITULO VII

ADAPTAÇÃO DO JURY Á REPUBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMERICA DO NORTE

« Quelles que soient les destinées que l'avenir ré-
« serve á l'Amérique, son passé est étroitement uni
« à celui de l'Angleterre, comme en une trame serrée.
« C' est d'elle qu'elle a reçu son langage et ses lois. »
Ellis Stevens—Les sources de la Const. des Etats-Unis, pag. 246.

Um jury verdadeiramente nacional é o jury dos Estados Unidos da America do Norte e a sua organisação é digna de servir de modelo a todos os povos [1].

A constituição dos Estados Unidos determina que todas as causas civis, cujo valor exceda de vinte dollars, sejam resolvidas pelo jury. Os processos serão instruidos e julgados nos Estados em que os crimes forem commettidos. [2]

Ninguem será obrigado a responder a qualquer accusação de crime capital ou outro crime infamante, a não ser por denuncia ou accusação emanadas de um grande jury, excepto em assumptos militares de terra e mar, ou em questão que se refira á milicia civil, quando estiver em serviço activo, ou em tempo de guerra, ou perigo publico. Ninguem póde ser compellido a dar testemunho contra si mesmo. [3]

A maneira de constituir o jury não é a mesma em todos os Estados da União : varia muito de uns para outros, entretanto o modelo geralmente adoptado é o seguinte, exposto por Aignan: [4]

---

[1] Aignan — Op. cit., pag. 215.

[2] Dareste — Les constitutions modernes, t. II, Const. des Etats Unis d'Amérique de 17 de Set. 1787. amendements VI e VII, e art. 3º, Secção 2ª, cap. III.

[3] Dareste — Op. cit., pag. 367, nota 2ª.

[4] Aignan — Op. cit., pag. 221 e seg.

« Para cada um dos condados em que se dividem os Estados, o grande jury é escolhido entre os homens mais esclarecidos e considerados, pelo proprio *sherif*, que a seu turno é escolhido pelo povo directamente. A lista de cada sessão é de vinte quatro cidadãos, dos quaes basta que se apresentem treze. A accusação não póde ser pronunciada senão por unanimidade de doze votos. A denuncia, porém, póde ser feita por qualquer dos membros do Grande Jury, que tenha conhecimento pessoal do crime. » [1]

Admittida a accusação, é o indiciado sujeito ao julgamento do pequeno jury, que se constitue pela fórma seguinte:

Formada a lista de todos os proprietarios de bens immoveis, no campo e mobiliarios nas cidades, superiores a 50 libras sterlinas, é escolhida a lista geral dos membros do jury, por uma reunião de conselhos das principaes communas do condado, eleitas pelo povo. Os nomes da terça parte desses membros são escriptos em cedulas, depositadas em uma urna e duas terças partes em outra. Da primeira sorteia-se o jury para o tribunal superior e da segunda o jury para o tribunal inferior. Esses sorteios são feitos publicamente.

« No dia indicado por editaes e publicações da imprensa, quinze dias antes da reunião do jury, o escrivão da municipalidade extrahe da urna trinta e seis nomes, que são immediatamente inscriptos em uma lista, sendo as cedulas, em seguida, recolhidas a uma segunda urna, á qual não se recorrerá emquanto não estiver esgotada a primeira. Por este meio muito simples a sorte designa todos os nomes sem exclusões ou preferencias. A lista assim formada é enviada ao *sherif*, que a notifica aos jurados, pelo menos, oito dias antes da sessão. No dia da installação

[1] Aignan — Op. cit., pag. 221 e seguintes.

> do jury a lista dos 36 jurados é reduzida a doze por um novo sorteio. Todas as recusações do ministerio publico deverão ser motivadas. O accusado, porém, póde exercer vinte recusações peremptorias, em causas que importem a applicação de pena capital ou prisão perpetua. Em todos os demais casos é obrigado a motival-as. O *sherif* ou seu substituto, sempre presente á audiencia, substitue immediatamente, por pessoas presentes, os jurados recusados, e si por este meio é impossivel completar o jury, a causa é adiada para outro dia, depois de novo sorteio. Mas este caso não se tem verificado e as recusações são muito raras. » [1]

Não ha phase alguma do processo, que nos Estados Unidos seja secreta: a lei naquelle paiz não procede como o crime que se occulta. Todas as formalidades são publicas Os membros do Grande Jury prestam juramento « de julgarem sem prevenção, sem paixão, e de accordo com as leis e com a prova testemunhal ». Em seguida retiram-se para a sua sala, remettendo-lhes o procurador-geral o auto de accusação (denuncia) e ouvem as testemunhas sem a presença do accusado. O presidente do Grande Jury interroga-os depois de haverem prestado o juramento que a lei exige.

Feito isto, os jurados proferem o *veredictum* de accusação ou de absolvição, que póde affectar uma das tres formulas: *ignoramos*, ou *not found* que absolvem, ou *true bill* que fundamenta a accusação e remette o indiciado ao pequeno jury para o julgamento. Suspende-se a audiencia por alguns momentos para que o Presidente do Jury de accusação faça entrega dos papeis e peças do processo, sobre os quaes decidiram, ao presidente do tribunal. Conduzidos os indiciados á presença do jury de julgamento, são postos em liberdade aquelles que o jury de accusação absolveu; quanto aos accusados, o juiz que preside ao tribunal pergunta-lhes duas vezes se confessam o crime. Neste caso o processo não con-

[1] Aignan — Op. cit., pags. 221 a 223.

tinúa e no fim da sessão o juiz profere a sentença. Na hypothese, porém, da negação, o procurador-geral pergunta-lhes se querem ou estão promptos para julgamento immediato: na falta de defensor, é-lhes designado um patrono *ex-officio*. Este entende-se com o procurador geral e fixam o dia do julgamento.

Paraeste, as formalidades são semelhantes. Depois do juramento, que é o mesmo adoptado para o Grande Jury, o procurador-geral lê o auto de accusação, são ouvidas as testemunhas, que são inquiridas sómente pelo ministerio publico e pelo accusado, successivamente. O patrono deste expõe a sua defesa, o procurador geral responde-lhe, ou desiste da palavra.

Em seguida os jurados pronunciam immediatamente o *veredictum* sem abandonar a sala do conselho, se a evidencia é manifesta e se a unanimidade se revela desde logo, ou retiram-se para conferenciar na sala reservada. Logo que tenham deliberado, de accordo unanime, sobre o caso, voltam á sala da audiencia. Depois de tomarem os respectivos logares, o escrivão chama nominalmante o presidente e pergunta-lhe: Julgais que o accusado é ou não culpado?

Em caso affirmativo, o defensor tem o direito de exigir que a pergunta seja repetida individualmente a cada um dos jurados, e se não forem accordes as respostas, voltarão á sala reservada para nova conferencia. « Tudo isto se passa em presença do publico e do accusado. » [1]

No ultimo dia de trabalho do Tribunal o juiz manda que compareçam todos os accusados, cuja culpa foi confirmada pelo jury de julgamento, durante toda a sessão e profere as respectivas sentenças.

Eis ahi o que é o jury nos Estados Unidos da America do Norte.

A simples leitura desse rapido estudo basta para demonstrar que foram profundissimas as modificações que experimentou a velha instituição normanda para adaptar-se entre os povos que fundaram a grande republica federativa.

---

[1] Aignan — Op. cit., pag. 229.

Assignalaremos, entretanto, que da mesma fórma que os hebreus, os gregos, romanos, barbaros e povos medievaes, os organisadores americanos do jury deram a mais elevada importancia ao juramento, sem o que não podem resolver os jurados sobre a accusação nem sobre a condemnação.

Ao Grande Jury ligaram a maior consideração e exigiram um numero elevado de jurados para poder funccionar, ao passo que restringiram a 12 o numero dos juizes do pequeno jury.

Quanto ás recusações, só admittiram as peremptorias, nas causas em que se houvessem de applicar as penas capital ou de prisão perpetua. Em todos os demais casos só serão permittidas as recusações motivadas.

Convém perguntar — e entre os povos que não adoptaram taes penas será caracteristico essencial da instituição a recusação peremptoria?

Quanto ao voto secreto, o legislador americano expelliu-o. Todas as phases do processo têm a mais ampla publicidade possivel. Repetiremos com Aignan:

Na America livre e altiva — a lei não se occulta como o crime!

DIREITO PUBLICO

These XIV

DISSERTAÇÃO APRESENTADA

PELO

Dr. João Martins de Carvalho Mourão

(RELATOR)

Representante do Instituto da Ordem dos Advogados Brazileiros

DIREITO PUBLICO

XIV — Qual a maneira mais efficaz de combater, sob o ponto de vista preventivo, a mendicidade e a vagabundagem? Quaes são os factos que precisamente devem ser considerados como constituindo o delicto de mendicidade e vagabundagem? Em que limites, e por que meios, convém reprimir factos desta natureza?

I

OS EXPEDIENTES PREVENTIVOS

Como todos os phenomenos sociaes, a ociosidade (de que a mendicidade é um effeito) é a resultante de tres ordens de factores — physicos, individuaes e sociaes — variando a predominancia de um ou outro dos res grupos causaes em cada caso concreto; variação que determina maior ou menor resistencia aos meios prophylaticos.

Dentre essas causas, umas, de caracter permanente, constituem fócos endemicos; outras, como as crises economicas e politicas, as epidemias e epizootias, sendo fontes fecundas de miseria, são causas accidentaes de vagabundagem e mendicidade. Seus effeitos funestos são porém, persistentes; pois o ocio forçado, o desanimo e a virulencia, dissolvente do caracter, da longa miseria extrema organisam em habito a inercia a principio involuntaria.

As medidas preventivas contra essas calamidades, exorbitam é claro, dos limites de uma indagação sobre os meios de prevenção especial da vagabundagem.

Nesta ordem de preoccupações o que a sabedoria humana póde obter, na impossibilidade de travar as calamidades naturaes ou de tornar o homem perfeito, é attenuar-lhes os males, desenvolvendo as instituições de previdencia, solidariedade e economia por meio das

cooperativas de producção e consumo ou uniões profissionaes, da larga applicação do seguro, das mutualidades, montes de soccorro e caixas economicas; tornando effectiva a responsabilidade dos patrões por negligencia ou culpa nos accidentes do trabalho; e fomentando a applicação da assistencia publica e particular.

Extirpar a miseria é impossivel; porque é impossivel impedir que haja enfermidades, que existam homens imprevidentes ou indolentes por vicio congenito. Mas, ainda que a miseria desapparecesse da Terra, não é de crer que com ella desapparecessem a vagabundagem e a mendicidade. Ha vagabundos por *dilettantismo* ou por *aboulia* que nada teem que ver com a miseria; e são conhecidos casos de mendigos ricos.

Entre as causas immediatas e permanentes que conduzem á vagabundagem e mendicidade salientam-se:

a) o alcoolismo em geral, as varias fórmas de degenerescencia e enfermidades que, dissolvendo a vontade, inhabilitam o paciente para qualquer esforço methodico e prolongado; em especial certas fórmas morbidas como a claustrophobia; [1]

b) o abandono da infancia;

c) a influencia desmoralisadora das prisões de curta duração com o regimen de promiscuidade nos carceres;

d) o stigma de infamia que, relegando ao isolamento os condemnados que expiaram a pena, os impelle á recahida e á ociosidade;

e) a emigração desproporcionada que se opera dos campos para as cidades;

f) a applicação irreflectida da caridade privada: a esmola distribuida sem criterio.

A regulamentação da venda de bebidas alcoolicas e as associações de temperança são excellentes cautelas; bem o comprehendeu a Allemanha onde a pro-

---

[1] Th. Ribot — *Maladies de la volonté* — Paris, 1897; pags. 35 e segs. — Benedickt, observações feitas no Congresso reunido em Antuerpia, em 1890, para o estudo das questões relativas ao patronato dos encarcerados e á protecção da infancia moralmente abandonada (*Compte-rendu sténographique*, Bruxelles, 1891, pag. 280).

hibição de fornecimento de alcool nas *estações de alojamento* e *albergues christãos* é absoluta.

No intuito de preservar a infancia contra a corrupção ou facilitar-lhe a rehabilitação deve a lei prescrever: [2]

I. A irresponsabilidade dos impuberes que, attenta a gravidade da falta, ou serão mandados em paz ou consignados á tutella da autoridade publica até a maioridade, afim de serem correccionalmente educados.

II. Contra menores de 18 annos — maiores de 14 — serão decretadas, ora penas criminaes, ora a consignação á tutella da autoridade, ora ambas as medidas successivamente; conforme a perversidade manifestada.

A pena a expiar nunca excederá de 15 annos.

No caso de primeira condemnação a penas pecuniarias ou a prisão por menos de um anno, nunca será executada a pena contra esta classe de menores; devendo ser applicada, neste caso, a condemnação condicional, sustada a execução emquanto não houver reincidencia.

A suspensão da condemnação será, entretanto, inapplicavel quando o menor não tiver domicilio certo e assim possa esquivar-se á effectividade da ameaça ou revelem as circumstancias do facto perversão de animo ou corrupção do caracter.

Tratando-se de contravenções ou delictos punidos com penas tenues poderá o juiz applicar simplesmente a reprehensão judicial.

Nunca serão sujeitos á pena de vigilancia policial; e só excepcional e temporariamente á interdicção para o exercicio de cargos ou funcções publicas.

III. Convém consignar os menores á tutella da autoridade além dos dous casos já previstos:

a) quando se acharem abandonados;

b) quando as relações domesticas forem taes que açam receiar o abandono;

---

[2] As medidas indicadas são o resumo das providencias contidas no projecto de lei que se acha em annexo ao relatorio que o Dr. H. Appelius offereceu, em nome da commissão incumbida de estudar o melhor meio de protecção á infancia abandonada, á União Internacional de Direito Penal (*Die Behandlung jugendlicher Verbrecher und verwahrloster Kinder*. Berlim, 1892, pags. 280 e segs.)

c) quando a indignidade ostensiva dos progenitores, attestada por factos escandalosos, ameace comprometter a moralidade, a segurança ou a saude do menor (abandono moral).

Como medida complementar occorre uma conveniente regulamentação dos casos de privação do patrio poder contra os progenitores indignos; privação que, todavia, não deve ser perpetua e irrevogavel.

A autoridade publica desempenha a sua funcção tutelar:

I. Collocando os menores sob a guarda de familias honestas; expediente acima de todos preconisado pelo Congresso reunido em Antuerpia, em 1890, para o estudo das questões relativas ao patronato dos encarcerados e á protecção da infancia moralmente abandonada.

Os menores delinquentes, porém, devem soffrer uma severa educação correccional antes da collocação em familia.

II. Collocando-os em officinas ou em estabelecimentos particulares de educação;

III. Fiscalisando a educação dos menores por meio dos seus prepostos na secção de instrucção publica e por meio de funccionarios locaes, honorificos e gratuitos, que devem ser escolhidos entre sacerdotes, professores e educadores e mesmo mulheres, postos sob a inspecção e direcção dos funccionarios do Estado. (Estes funccionarios são denominados *Vertrauens Personen* no projecto de lei da União Internacional de Direito Penal).

IV. Finalmente, no caso de menores já contaminados pelo crime, internando-os em estabelecimentos especiaes; com a reserva, porém, da faculdade de lhes conceder condicionalmente outra collocação.

No desempenho desta missão tutelar, é claro, deve a autoridade manter rigoroso isolamento, umas em relação ás outras, entre as tres classes que vimos descrevendo: os delinquentes impuberes, os menores puberes criminosos e os simplesmente abandonados. Aos ultimos — orphelinatos, corporações de aprendizes, etc.; aos primeiros as escolas correccionaes. São preferiveis as colonias agricolas a fim de que, uma vez maiores, sejam, pelo genero de occupação que adoptaram, afastados dos grandes centros de aggremiação operaria, onde a sua fraca resistencia contra

as impulsões criminosas — já antes revelada, póde determinar recahida. Comtudo, a vizinhança dos grandes centros deve ser procurada para facilitar o concurso, neste assumpto imprescindivel, das instituições de patronato, que só nas cidades populosas encontram elementos de prosperidade.

Nomeando estas associações benemeritas, temos já indicado o meio preventivo contra os estimulos de reincidencia por effeito do vacuo formado em torno do ex-condemnado nos primeiros mezes de liberdade. Só nos resta lembrar a quota deduzida do producto do trabalho carcerario que deve ser adjudicada ao sentenciado.

Contra os effeito da emigração para as cidades a repatriação.

A' parte as providencias indirectas que vimos indicando; o especifico contra a ociosidade é a *assistencia pelo trabalho*, com summa razão preconisado pelo Congresso de Roma. E' preciso que todos os indigentes encontrem assistencia; mas, tambem o é que paguem esse soccorro com a prestação de serviços compativeis com as suas aptidões e forças, sob pena de tornar-se a assistencia um fomento de ociosidade pelas seducções de um beneficio ganho sem esforço.

Larga applicação deste principio salutar fez a Allemanha; e os resultados foram eloquentes. A humanitaria iniciativa do pastor von Bodelschwingh, fundando na Westphalia o estabelecimento de Wilhelmsdorf, determinou a creação das *colonias de trabalhadores livres* disseminados por varias provincias do Imperio Germanico. Havia 24 colonias destas em 1897. Dos dados estatisticos colleccionados por Delvincourt verifica-se que até o fim do anno de 1888 (seis annos apenas após a creação da de Wilhelmsdorf) 29.682 vagabundos e mendigos tinham ido procurar voluntariamente nellas a regeneração pelo trabalho. De todas, apenas uma — a de Schneckengrün — apresentou um *deficit* de 1.500 francos.

O regulamento é simples: O asylado obterá pelo trabalho, e só pelo trabalho, tudo o que necessitar: o alimento, agazalho, a roupa e os utensilios; depois, a

---

[1] *La lutte contre la criminalité*. Paris, 1897, pag. 417.

administração procura para elle emprego ou collocação.

Além dessas colonias ha, para os soccorros urgentes, as estações de hospedagem ou alojamento (Natural ver flegungstationen), que tem por fim distribuir *soccorros em especie* (alimentos, vestuario e abrigo) mediante quatro horas de trabalho por dia, e facilitar a collocação dos desoccupados por meio de centros de informação e mediação entre patrões e operarios. Desses estabelecimentos havia 826 em toda a Allemanha em 1897, distribuidos pelas estradas e communas.

Além de taes estações ha os *albergues christãos* (Heberge zur Heimath); pensão para os que possuem algum dinheiro onde, á razão de um marco por dia, encontram os operarios em folga e os celibatarios commoda installação em um ambiente saturado de moralidade e religião.

Bem se vê que na Allemanha ha um systema completo de prevenção contra a vagabundagem e a mendicidade.

Os resultados, porém, desses sabios esforços proficuamente compensaram os sacrificios feitos. De 1882 (data da fundação da primeira colonia) a 1887 as primeiras condemnações por mendicidade e vagabundagem, de 23.808, que eram, baixaram a 15.466; tendo desapparecido por completo em 304 districtos. [4]

Na Hollanda a creação da colonia agricola das fronteiras do Drenta, que emprega cerca de 1.800 trabalhadores, fez desapparecer a vagabundagem *de toda a região*.

No cantão de Vaud, a creação de colonias agricolas fez baixar á metade as condemnações por vagabundagem e mendicidade. [5]

Em Nova-York, o numero de mulheres detidas como vagabundas, que fôra sempre crescendo em progressão constante até 1860, anno em que chegou a 5.880, baixou gradualmente a 548 em 1871, depois da organisação dos estabelecimentos de assistencia pelo trabalho, creados pelo pastor Brac. [6]

---

[4] Delvincourt—Op. cit. pag. 421.

[5] Colajanni—*Sociologia criminale*, Catania, 18[illegible],—pag. 499 do tomo 2º.

[6] Tarde—*Criminalité comparée*, Paris, 1886, pag. 90, nota.

II

OS FACTOS A INCRIMINAR

Posto que a vagabundagem e a mendicidade não sejam delictos propriamente ditos, a necessidade de sua repressão resulta da *potencialidade de damno* que este *estado vicioso* contêm.

Os vagabundos são delinquentes em espectativa. A vagabundagem é o tirocinio do crime. E' entre esses degradados, nos quaes o ocio obliterou o sentimento de dignidade pessoal, que o crime vae buscar os seus recrutas. Refreal-os é realisar sábia e proficua obra de prevenção geral contra os progressos da criminalidade.

Além disso a vagabundagem é uma fórma visivel em que se encarna a delinquencia habitual. Nas phases de remissão da alta criminalidade que, mesmo nos incorrigiveis, só de longe em longe faz explosão, o criminoso profissional, em regra, não è senão um vagabundo. Para a maioria dos casos, traduz a verdade este conceito schématico:

Os delictos graves são o estado agudo, a vagabundagem é o estado chronico da delinquencia habitual.

Estas observações explicam como o optimismo aprioristico de Lucchini — que duvida da grave e frequente delinquencia dos vagabundos pela consideração de que elles soffrem de ingenita debilidade voluntaria — se concilia com os dados insophismaveis da estatistica que os apresenta como o principal contingente da legião dos criminosos. Effectivamente, dentre os 250 condemnados em Pariz, no anno de 1888, como reincidentes pela 5ª vez, *quasi todos* estreiaram como vagabundos.

Como bem observa Prins [7]: *La criminalité de l'homme commence au vagabondage de l'enfant*. Em 32.943 furtos, 57 % foram commettidos por vagabundos. No periodo de 1876 a 1885, em França, ao augmento da vagabundagem correspondeu parallelamente um augmento proporcional da reincidencia

---

[7] *Science pénale et Droit positif*, Bruxellas, 1899, pag. 578.

e criminalidade; como observa o Ministerio da Justiça (*Compte-rendu sur l'administration de la Justice*) [8].

O estudo, porém, das causas da mendicidade e vagabundagem convence de que ha tres grupos a considerar, sob o ponto de vista da repressão:

a) os invalidos;

b) os validos que não acham trabalho apezar de se esforçarem;

c) os que, por indolencia ou vicio, rebellam-se contra a lei do trabalho.

Aos dous primeiros grupos, a assistencia; ao terceiro, a repressão. E' o criterio fundamental na definição legal da infracção.

Seja embora a ociosidade uma violação do dever moral de solidariedade social; certo é, entretanto, que não se deve punir a simples vadiação. Esta é um estado negativo, impossivel de ser caracterisado, em sua fórma immeritoria, por qualquer elemento positivo, constante, susceptivel de verificação segura na pratica. Só se manifestando pela inercia, nada o distingue da phase contemplativa da vida dos grandes artistas e pensadores; do somnambulismo precursor das creações geniaes. O scismar de Newton sob a macieira — gestação da grande descoberta reveladora da harmonia dos mundos — tem todas as exterioridades e apparencias do extase esteril do *lazzarone* á sombra dos arvoredos de Napoles.

Seria justo punir a impassibilidade dos grandes mysticos, fonte creadora — pela propaganda da fé por força do exemplo — de fecundas energias moraes? A par do genio do pensamento ha o genio do caracter.

Só a vagabundagem, isto é, o facto de andar errante, privado de meios de subsistencia, torna o individuo um *suspeito*. Rebelde á lei do trabalho, só a ameaça envolta na chispa do olhar sinistro e no brusco gesto, as suggestões do estranho aspecto podem extorquir ao temor o disfarce da esmola. De egoismo indisciplinado até a animalidade do instincto, privado da sancção da honra profissional, da guarda vigilante do espirito de familia e de classe, da reciproca fisca-

---

[8] Apud Coiajanni — Op. cit., pags. 479 e 497.

lisação de conducta das aggremiações nacionaes ou locaes cohesas, é um predisposto a uma queda fatal. Que é que póde reter o homem no declive do crime? O temor da lei, o amor da consideração publica, a consciencia moral e o sentimento da propria dignidade. A vagabundagem rompe todos esses freios: da lei póde-se zombar do outro lado da fronteira; á consideração publica já renunciou quem não tem patricios, nem amigos, nem familia; a consciencia moral é disciplina de instincto, é poder de esforço e sacrificio que só se educa na luta pelo proprio aperfeiçoamento, gravitando para um ideal de dignidade que a ociosidade adormece. Bem qualificou o projecto, convertido depois na lei de 28 de novembro de 1891, o Ministro Le Jeune quando o appellidou de *Projecto de lei contra a infecção moral*.

A infracção deve, pois, consistir no facto de viver em estado de vagabundagem — caracterisado pela falta ou insufficiencia dos meios de subsistencia unida á *instabilidade do domicilio*, em consequencia do desregramento de costumes. Dest'arte não se equipara aos degradados o infeliz que, por golpes do infortunio, se vê privado de abrigo e de pão.

Quanto á mendicidade, por força das precedentes observações, consiste a infracção no facto de fazer um individuo válido profissão de mendigar. *Validez do agente*, *habitualidade e flagrancia* são os elementos do facto punivel. A flagrancia deve ser exigida como requisito, porque a acção punivel é a supplica da esmola, efficaz ou não, e não a aceitação de um dom espontaneo; circumstancia que só o estado de flagrancia póde precisar; além de ser de relevancia nesta materia, por se tratar de um vicio a corrigir e não de um delicto a expiar, que fique bem estabelecida a persistencia do habito no momento da irrogação da pena. [9]

A punição dos invalidos encontrados a mendigar *sem licença* da autoridade — residuo de condemnados conceitos — é iniqua.

Em sociedade culta não póde haver licença para a descoroçoadora exhibição do infortunio. Ou ha asylos

---

[9] Marchetti— *Teoria generale delle contravenzioni* (no *Completo Trattato* de Cogliolo, Milano, 1889), pag. 381.

e sejam amparados os indigentes, ou não os ha, e a autoridade não tem o direito de punir o infortunio que abandonou á sua sorte.

E' forçoso tolerar neste caso; mas, não é rasoavel legalisar, como instituição, concedendo, por cartas patentes, o privilegio da miseria. Não vale objectar que é preciso, por esse meio realizar a selecção entre os infortunados e os exploradores da piedade publica; a repressão dos mendigos válidos operará a selecção.

Finalmente, occorre, a exemplo da unanimidade dos codigos, punir a exploração de menores com o fim de excitar compaixão, e a negligencia de seus paes ou tutores em consentir que vagueem a mendigar.

Como traço de união entre a vagabundagem e a prostituição, as duas fontes fecundas de miseria e delinquencia, surge o typo ignobil do *souteneur*, do homem que tira subsistencia da fraqueza que inspira a uma prostituta.

Em que pese aos detractores da civilisação contemporanea, o facto não é moderno: já a Ord. do Liv. 5º Tit. 33 punia com açoutes em publico e degredo para a Africa aquelle que tivesse «*manceba teúda em mancebia, de que receba bemfazer*» com o nome de rufião.

A equiparação destes entes nefandos aos vagabundos, para os fins da repressão, é de necessidade.

A medida respectiva da lei belga de 1891 soffreu impugnação no parecer da commissão da Camara dos Representantes e na discussão que teve logar na sessão de 10 de agosto de 1891. [10]

A replica persuasiva do Ministerio Le Jeune determinou, porém, a adopção da medida nas duas casas do parlamento belga. Em verdade, o estado de *souteneur* não é um delicto, como, parece, pensava a commissão parlamentar, é um habito vicioso analogo á vagabundagem; não contém *damno actual*, offensa a direito de terceiro — mas, apenas um *perigo de damno* pela degradação que revela.

Pertinaz como é este vicio, demanda a applicação dos vigorosos meios correccionaes apparelhados para a regeneração dos vagabundos. Oriundo das mesmas causas biologicas e sociaes, deve ser combatido pelos mesmos processos.

---

[10] *Loi du 27 Novembre 1891* — Documents législatifs (Publicação official do Governo Belga), 1893, pags. 27, 95 e segs.

III

A REPRESSÃO

E' logar commum de psychologia criminal a observação de que o vagabundo é um dos viciosos mais refractarios á emenda que se possa imaginar. Vicio causado por profunda infiltração do caracter, só uma prolongada acção de meios correccionaes energicos póde oporar o milagre de transformar o mandrião em homem laborioso e util.

Pelas estatisticas criminaes de 1888, em França a cifra da reincidencia é para os vagabundos de 77 %, e para os mendigos de 76 %.[11]

As repetidas prisões que soffrem em nada concorrem para a sua regeneração; muitos praticam pequenos delictos no inverno para se beneficiarem com o agasalho e a farta alimentação das penitenciarias das capitaes européas. Não em absoluto, mas no sentido relativo que tem o vocabulo na technica penal, todo o vagabundo é um *incorrigivel*.

Para estes prisão a prazo fixo é medida inefficaz; forçoso é decretar a prisão por tempo indeterminado[12] dentro dos limites de um minimo e um maximo fixos em cujo periodo intermediario fará as funcções de correctivo á indeterminação da pena o livramento condicional. Para os vagabundos e mendigos é esta a providencia que foi, com o melhor exito, adoptada pela lei belga de 1891 (art. 13) depois de haver sido unanimemente recommendada pelo Congresso Internacional de Antuerpia, de 1890 (3ª resolução da 3ª secção incumbida do estudo da repressão e prevenção da vagabundagem e mendicidade).

O insigne Benedickt, que foi o proponente, opinara até pela indeterminação absoluta da pena, accrescentando que deviam os vagabundos reincidentes ficar sob a tutela do Estado emquanto fosse necessario *e mesmo por toda a vida* (*Compte rendu*, pag. 293).

Si é certo que não se deve crear uma nova especie de *parias*, fazer dos vagabundos uma *casta*, não

---

[11] Delvincourt — Op., cit. pag. 397.

[12] Thiry — *Des mesures applicables aux incorrigibles* (Relatorio apresentado ao 3º Congresso de Anthropologia de Bruxellas em 1892).

o é menos que as medidas repressivas contra esses degradados só podem ser efficazes, attenta a relativa incorrigibilidade delles e o objectivo exclusivamente correccional da internação, quando reunam estes requisitos:

a) duração relativamente longa que aos meios correccionaes dê tempo de modificar o caracter vicioso dos internados ;

b) uma grande latitude na applicação por meio de um prazo facultativo entre o minimo e o maximo (a lei belga marca de dous a sete annos) afim de attender ás vicissitudes da emenda e aos gráos diversos de corrupção ou arraigamento do vicio-impossivel de apreciar *a priori* na sentença ;

c) o correctivo do livramento condicional para os que derem provas de rehabilitação.

Cabe aqui ponderar que é preciso nunca perder de vista que estas medidas não são verdadeiras penas, mas um systema de educação correccional. Dahi resulta que as *casas de trabalho* não devem ser organisadas tal qual como as penitenciarias ; antes, devem ser colonias agricolas, com o trabalho em commum, ao ar livre, dando-se apenas a segregração entre os maiores e os menores de 21 annos, e o maior rigor repressivo contra os *immoraes* internados em secção isolada. O regimen cellular nunca será applicado senão como breve castigo disciplinar para os turbulentos. Para os que não quizerem fazer o trabalho regulamentar, a pena de ficarem a pão e agua — simples expediente que em Merxplas tem sido de exito infallivel. Estes estabelecimentos devem ser reservados aos *ociosos validos* que forem maiores de 18 annos.

As mulheres vagabundas devem ser internadas em estabelecimentos proprios, do mesmo modo organisados.

Para os menores de 18 annos, as escolas correccionaes com o caracter de instituições de beneficencia, onde lhes seja ministrada a instrucção e a educação moral, a par da aprendizagem de um officio. A sua internação durará até á maioridade ; podendo a autoridade consentir em que sejam condicionalmente retirados das escolas do Estado para serem collocados em familias ou em officinas, ou em estabelecimentos particulares de educação ; reservado, porém, o direito de reinternal-os, em caso de periclitar a sua morali-

dade. Este expediente é, sempre que for possivel, de adoptar-se após algum tempo de internação, afim de que o menor, na occasião do livramento, não se encontre de subito isolado em um meio para elle inteiramente desconhecido.

Devem ser segregados, durante todo o tempo da internação, os que entraram com menos de 12 annos dos que entraram com mais de 12; é de crer que á mais longa permanencia em ambientes infectos corresponda maior corrupção.

Finalmente, como complemento do systema de repressão da vagabundagem e mendicidade, occorre a creação de asylos para os invalidos e mendigos accidentaes. São estabelecimentos de assistencia de caracter hospitalar. Todavia, nelles se applica o regimen da assistencia pelo trabalho que será proporcionado ás forças e adoptado conforme as aptidões dos asylados. Do producto, uma quota será adjudicada aos asylados para constituir o seu peculio de retirada que deve ser fixado e, uma vez completo, dará logar á liberdade.

Estas medidas consagradas pela lei vigente na Belgica são o que se póde chamar o ideal da repressão em se tratando de vagabundagem e mendicidade.

A lei belga, todavia, deixa ao Poder Executivo, pelo orgam do Ministro da Justiça, a competencia para decretar a cessação da internação no periodo intermediario entre o minimo de dous annos e o maximo de sete.

Será preciso salientar o perigo de confiar esse raio de Jupiter ao Executivo, em um paiz como o nosso, em que o Poder vacilla entre as agitações da demagogia e as reacções autocraticas dos golpes de Estado?

Numa nação em que as instituições funccionam pelo impulso de um jogo normal de seculos, é perigoso; em sociedades que lutam por achar a formula de sua organisação definitiva, é temerario.

Ao Poder Judiciario deve caber a missão de presidir á execução da pena e, quando julgue attingido o seu objectivo, decretar a cessação da medida repressiva, ouvindo o director do estabelecimento e as commissões de patronato.

Ao Poder Executivo basta o direito de graça.

Assim, ambos podem restituir á liberdade os que merecerem o premio; mas o Poder não terá como

arma o privilegio, nem poderá reter o condemnado até o maximo a seu bel prazer.

Demais, o exercicio do direito de graça, sendo por sua natureza um acto excepcional, difficulta o abuso.

Ao Presidente da Relação, em cujo districto jurisdiccional estiver situado o estabelecimento, caberia decretar o livramento do internado. E' um magistrado de categoria superior aos prolatores da condemnação que a todo o tempo poderia, dest'arte, rectificar possiveis injustiças da sentença.

Com taes garantias, parece, o systema por nós preconisado conciliaria as exigencias da defesa social com o respeito á liberdade individual.

CONCLUSÕES

I

O especifico a empregar contra a vagabundagem e a mendicidade, como meio preventivo, é a assistencia pelo trabalho.

II

Aquelle que, tendo pedido assistencia, recusar o trabalho regulamentar será denunciado á policia como vagabundo.

III

E' preciso concentrar o maximo do esforço preventivo na educação moral dos menores abandonados e na emenda dos jovens delinquentes.

IV

Convém facilitar aos indigentes das grandes cidades o regresso ao logar de origem.

V

São opportunas providencias legislativas contra o alcoolismo.

VI

Não deve ser punida a simples vadiação, mas a vagabundagem caracterisada pela falta ou insufficiencia de meios de subsistencia, unida á instabilidade do domicilio.

VII

Todo aquelle que é invalido para o trabalho não póde ser punido como vagabundo ou mendigo; antes, deve ser soccorrido como indigente.

O mesmo principio se applica aos mendigos válidos accidentaes ou occasionaes.

VIII

Os vagabundos de profissão e os mendigos validos habituaes — por preguiça ou desregramento de costumes — serão consignados á tutela do Estado por um periodo relativamente longo que será fixado na sentença sómente pelos limites extremos de um maximo e de um minimo, com a faculdade de decretar-se o livramento condicional para os que derem provas de emenda.

IX

Os vagabundos de profissão e os mendigos validos habituaes serão internados em casas de trabalho com organisação eminentemente repressiva.

Os invalidos e os occasionaes em asylos sob o regimen da assistencia pelo trabalho até constituirem um certo peculio de retirada que será fixado.

Os menores de 18 annos em escolas correccionaes com caracter mixto de beneficencia e repressão.

Sala das sessões, em 1900.

João Martins de Carvalho Mourão,

Relator.

INDICE

Pags.